

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Protection du consommateur et numérique en droits européen et belge

Jacquemin, Hervé

Published in:

Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique

Publication date:

2018

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H 2018, Protection du consommateur et numérique en droits européen et belge. Dans H Jacquemin & M Nihoul (eds), Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique. Collection de la Faculté de droit de l'UNamur, Larcier , Bruxelles, p. 237 - 289.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CHAPITRE 8

Protection du Consommateur et numérique en droits européen et belge

Hervé JACQUEMIN¹

Introduction

1. Interventions législatives pour protéger le consommateur, considéré comme la partie faible au rapport contractuel. Le consommateur est traditionnellement considéré comme une partie faible au rapport contractuel, en tout cas dans ses relations avec des professionnels (ou des entreprises). Aussi le législateur est-il intervenu pour le protéger, notamment en droit de l'Union.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne énonce ainsi, en son article 38, qu' « un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union »².

À la suite de règlements européens, directement applicables, ou de directives à transposer, un cadre normatif combinant des mesures matérielles et procédurales a progressivement pris corps dans les États membres (seul le droit belge retiendra notre attention dans la présente contribution). Elles consistent par exemple à imposer des obligations d'information, accompagnées d'exigences de forme, au professionnel ; à interdire certains paiements, les clauses abusives ou les pratiques déloyales ; à modaliser la charge du risque au bénéfice du consommateur ; à prévenir les risques de surendettement ; à établir des normes strictes en matière de sécurité des produits ou à promouvoir, tout en l'encadrant, le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation.

¹ Chargé de cours à l'Université de Namur (CRIDS, membre du NADI) et avocat au barreau de Bruxelles.

² Voy. aussi l'art. 169, § 1^{er}, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, l'Union contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts ».

Des dispositions légales ou réglementaires – de nature horizontale – ont un champ d'application large, en ce sens que, sous réserve de certaines exceptions, elles s'appliquent aux relations entre les consommateurs et les entreprises, peu importe, par ailleurs, l'objet du contrat. On songe à la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs³ ou à la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs⁴, transposées dans le livre VI du Code de droit économique⁵. Dans cette hypothèse, et comme on le verra de manière plus détaillée par la suite (*infra*, n° 5), la vulnérabilité du consommateur trouve son origine dans la faiblesse dont il est supposé souffrir, lorsqu'il entre en relation avec une entreprise.

D'autres normes ont un champ d'application circonscrit de manière plus étroite. Elles ne doivent en effet être observées que lorsque le contrat a un objet spécifique (service de voyage, assurance, crédit à la consommation ou hypothécaire, etc.), outre, le cas échéant, la présence d'une entreprise et d'un consommateur. On observe d'ailleurs que c'est précisément en raison de cet objet que le consommateur est considéré comme étant en situation de vulnérabilité et, par conséquent, que des règles additionnelles doivent être respectées.

2. Le numérique comme *moyen* de conclure le contrat ou comme *objet* du contrat. Au moment d'analyser la manière dont le droit protège le consommateur en lien avec le numérique, deux angles de vues peuvent être adoptés.

On peut d'abord envisager le numérique comme un *moyen* pour faire de la publicité, formuler des offres, nouer des relations contractuelles, ou exécuter certaines obligations contractuelles (quand c'est techniquement possible). Le prestataire pourra ainsi développer son propre site

³ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.*, L 304 du 22 novembre 2011.

⁴ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), *J.O.*, L 149 du 11 juin 2005.

⁵ Des règles de protection du consommateur figurent également dans le livre XIV du C.D.E. mais, dans la mesure où ce livre est abrogé avec effet au 1^{er} novembre 2018 (art. 256 de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit de l'entreprise), nous limitons l'analyse aux dispositions du livre VI.

de commerce en ligne et/ou proposer ses produits sur une plateforme de seconde main ; les transactions peuvent aussi s'opérer à travers une application (pour appareil mobile), tout en utilisant les médias sociaux (Facebook, Instagram, etc.) et d'autres moyens de communication (courrier électronique, SMS, WhatsApp, etc.). Une automatisation de certaines étapes du processus contractuel peut par ailleurs être mise en place : informations fournies au stade précontractuel, par un *chatbot* ; contrat conclu automatiquement par l'application d'intelligence artificielle du prestataire ; exécution automatique de certaines opérations, au moyen de *smart contracts* fondés sur la technologie *blockchain* ; etc.

Dans cette première hypothèse, le consommateur est dans une situation de vulnérabilité particulière (tenant notamment au fait qu'il ne peut pas voir le produit comme ce serait le cas dans un magasin traditionnel), ce qui a conduit le législateur à adopter des règles spécifiques en vue de le protéger (droit de rétractation, mise en place de moyens techniques permettant d'identifier les erreurs dans la saisie des données et de les corriger, etc.).

Le numérique peut également être envisagé comme *objet* du contrat. Tel est le cas lorsque la convention porte sur des contenus numériques – musique téléchargée, film regardé en streaming, jeu vidéo, etc. – peu importe, du reste, le mode de conclusion du contrat (en ligne ou pas). L'analyse peut être étendue aux produits – et ils sont de plus en plus nombreux – qui incorporent des éléments de nature technologique, ce qui peut poser des difficultés en termes de sécurité (robots ou applications d'intelligence artificielle, par exemple), de protection des données (objets connectés par exemple) ou d'obsolescence programmée.

Dans ces cas de figure, le consommateur se trouve également dans une situation de vulnérabilité. On verra cependant que, sauf exception, il n'existe pas de cadre normatif spécifique pour le protéger. Des règles transversales existent néanmoins et sont potentiellement applicables. Encore faut-il s'assurer qu'elles sont suffisantes.

3. Plan et limites de la présente contribution. Tout examen critique des règles actuellement en vigueur dans le domaine de la protection du consommateur doit se faire à l'aune des fonctions attendues de celles-ci. Aussi est-il indispensable de s'interroger, dans un premier temps, sur la faiblesse, réelle ou supposée, du consommateur (section 1).

On se penche ensuite sur le cadre normatif actuellement en vigueur (section 2), avant d'analyser s'il offre au consommateur un niveau de protection suffisant, pour les innovations technologiques dont le développement va croissant – *blockchain*, intelligence artificielle, etc. – ou dans

d'autres cas de figurent qui connaissent en pratique un succès important (on songe en particulier aux opérations réalisées à travers les plateformes de l'économie collaborative) (section 3).

L'analyse se focalise sur les règles matérielles protégeant le consommateur qui noue des relations contractuelles avec un professionnel. Les règles procédurales, ainsi que les questions de responsabilité ou de sécurité des produits ne seront donc pas abordées de manière systématique.

SECTION 1. – Quelle est la vulnérabilité du consommateur ?

§ 1. Notion de consommateur et éléments caractéristiques de sa vulnérabilité

4. Définition. L'article I.1, 2°, du Code de droit économique définit le consommateur comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »⁶.

Cette définition du « consommateur » est applicable à l'ensemble des dispositions du Code de droit économique. Elle est fidèle à celle qui figure à l'article 2, 1°, de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs ou à l'article 2, a), de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales⁷.

Pour apprécier correctement sa portée, plusieurs éléments doivent être précisés.

⁶ Cette définition a été insérée par la loi du 7 novembre 2013 portant insertion du titre Ier « Définitions générales » dans le Livre I^{er} « Définitions » du Code de droit économique, *M.B.*, 29 novembre 2013.

⁷ Dans des directives plus anciennes, on trouve d'autres définitions, dont les termes sont légèrement différents. La directive 2002/65/CE sur la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs l'entend comme « toute personne physique qui, dans les contrats à distance, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle » (art. 2, d), de la directive), quand la directive 97/7/CE sur les contrats à distance ou la directive 93/13/CEE faisait uniquement référence « aux fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle » (art. 2, 2°, de la directive 97/7/CE et art. 2, b), de la directive 93/13/CEE) ou la directive 85/577/CEE sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux à l' « usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle » (art. 2).

On observe d'abord que seules les personnes physiques, à l'exclusion des personnes morales, peuvent être qualifiées de « consommateur » et bénéficier du régime de protection établi par le Code.

Ensuite, et plus fondamentalement, ce sont des *finalités* pour lesquelles la personne agit qui constituent le critère déterminant, étant entendu que celles-ci ne doivent pas entrer dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. C'est donc un critère négatif qui est posé pour cerner la notion de consommateur. Il se comprend plus clairement à l'aune de la définition de « professionnel », figurant à l'article 2, 2°, de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs : c'est en effet celui qui agit aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. On observe que cette définition n'a pas été reprise comme telle en droit belge (le Code de droit économique utilisant la notion d' « entreprise » à la place de celle de « professionnel », tout en lui donnant des acceptions différentes, suivant les dispositions concernées du C.D.E.).

On note encore que les contrats à double finalité (professionnelle et de consommation) pourront être soumis aux dispositions du Code – et le bénéficiaire du produit considéré comme un consommateur –, « lorsque la finalité professionnelle est si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat »⁸.

5. Faiblesse du consommateur, justifiant l'adoption d'un cadre normatif spécifique. Les législations consuméristes régissent les relations contractuelles entre deux ou plusieurs parties ; parmi celles-ci, l'une est jugée plus faible.

À la suite de M. Fontaine, on peut distinguer deux types de faiblesses⁹ : l'une est *inhérente* à la situation personnelle des cocontractants (ou de l'un d'eux), l'autre est *relative*, et résulte de la position des parties dans le contrat.

⁸ Considérant n° 17 de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs. En ce sens, voy. aussi les travaux préparatoires du projet de loi introduisant la définition, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2836/001, p. 6.

⁹ M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse) », J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 616-617, n° 2. Reprenant cette double origine de la faiblesse, voy. Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 22 et s., n°s 9 et s. ; E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations conventionnelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, p. 93, n° 40 ; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, n°s 51 et s. Voy. égal. la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, notamment en matière de clauses abusives : « le système de protection mis en œuvre par la directive repose sur l'idée

La faiblesse *inhérente à la situation personnelle* d'une partie, également qualifiée d'« infériorité ignorance »¹⁰ ou d'« inégalité de connaissance »¹¹, peut être vue comme « la faiblesse du cocontractant dont l'état de développement mental en soi, ou le niveau de connaissance dans la matière du contrat, s'avère insuffisant pour porter un jugement éclairé sur la portée des engagements respectifs »¹². Lorsqu'en raison de son jeune âge ou d'un handicap mental particulier, par exemple, l'une des parties est atteinte, aux yeux de la loi, d'une incapacité d'exercice, des règles spécifiques lui sont applicables (représentation, assistance, etc.). Nous ne nous y intéressons pas dans le cadre de cette contribution. Un cocontractant peut également être jugé plus faible, indépendamment de toute incapacité, lorsque la faiblesse résulte d'un manque de connaissance. Celui-ci peut porter sur des éléments de droit (à quelles règles de droit la relation contractuelle est-elle soumise ?) ou de fait (quelles sont les coordonnées du cocontractant ? quel est le prix du service ? quelle est la contrepartie ?).

que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci » (C.J.C.E., 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, point 25 ; voy. aussi C.J.C.E., 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244-98, *Oceano Grupo*, point 25 ; C.J.C.E., 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM Zrt*, point 22 ; C.J.C.E., 6 octobre 2009, aff. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL*, points 29-31 ; C.J.U.E., 9 novembre 2010, aff. C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt.*, points 46-48 ; C.J.U.E., 15 mars 2012, aff. C-453/10, *Pereničová et Perenič* ; C.J.U.E., 3 octobre 2013, aff. C-59/12, *BKK Mobil*, point 35 ; C.J.U.E., 3 septembre 2015, aff. C-110/14, *Horățiu Ovidiu Costea*, point 18). D'autres causes (et d'autres distinctions) peuvent être imaginées : voy. P.-H. DELVAUX, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit belge », J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 78-79, n° 10, qui distingue la faiblesse liée à l'ignorance du fait ou du droit, la faiblesse résultant de l'infériorité économique relative d'une partie, la faiblesse procédant de l'incurie, l'insouciance ou la paresse de la partie faible et celle qui découle de la loi elle-même ; J.-L. AUBERT, « Les relations entre bailleurs et locataires en droit français », J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 168-170, n°s 6-9, qui distingue l'inégalité de connaissance, l'inégalité de besoins et l'inégalité économique ou F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de loi)*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 1-4, n° 3, qui distingue la faiblesse résultant de l'âge ou de l'état physique, la faiblesse résultant de son incompétence technique et celle trouvant son origine dans des facteurs économiques et sociaux.

¹⁰ G. COUTURIER, « Les relations entre employeurs et salariés en droit français », J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 149, n° 6.

¹¹ J.-L. AUBERT, « Les relations entre bailleurs et locataires en droit français », *op. cit.*, pp. 169-170, n° 9.

¹² M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse) », *op. cit.*, p. 616, n° 2.

C'est le cas du consommateur, dans sa relation avec un professionnel. Les parties ne sont pas sur pied d'égalité dans la mesure où, sur le plan informationnel, il existe un déséquilibre, une asymétrie, entre eux, au bénéfice de ce dernier. Ce déséquilibre peut d'ailleurs être renforcé pour certains types de contrats, parfois plus complexe (crédit, assurance, ...) ou lorsque certains moyens de communication sont mobilisés (les technologies de l'information et de la communication, par exemple).

La faiblesse résultant de la *position respective des parties dans le contrat* se rencontre lorsque, pour l'une ou l'autre raison, l'un des cocontractants est particulièrement *puissant* : il domine la relation contractuelle, ce qui lui permet d'imposer ses conditions à l'autre partie. Tel est le cas en situation de monopole¹³ ou lorsque l'objet du contrat implique nécessairement une hiérarchie entre les parties (on songe au contrat de travail, qui suppose un lien de subordination). Des cocontractants peuvent également souffrir d'une *vulnérabilité* marquée ou être en *état de besoin*. Lorsqu'une personne a impérativement besoin d'argent, d'un travail ou d'un logement, elle peut être tentée de contracter à n'importe quelles conditions, et être ainsi victime des abus éventuels de l'autre partie. La dépendance est généralement économique. Des faiblesses d'ordre psychologique peuvent aussi être exploitées. C'est généralement dans ces situations que des fraudes ou des abus sont à craindre de la part de l'une des parties, qui serait tentée de profiter du déséquilibre à son profit. Le consommateur qui souscrit un crédit à la consommation peut être dans une situation financière telle qu'il est prêt à souscrire n'importe quel type de crédit (et pas forcément celui qui lui convient le mieux), au risque de sombrer dans le surendettement. On constate que, pour l'essentiel, les contrats régis par les législations consuméristes sont des contrats d'adhésion, dans lesquels, sauf exception, la marge de négociation de la partie jugée plus faible est très réduite, voire inexistante ; tout au plus peut-elle se borner à adhérer au contrat standardisé qui lui est proposé. Tel est le cas notamment du contrat d'assurance, du contrat de crédit à la consommation ou des contrats B2C¹⁴ conclus à travers les réseaux¹⁵.

Enfin, le manque de connaissance ou d'information de la partie faible peut être exploité par son cocontractant, qui pourrait en profiter pour abuser de sa position, à son profit. Il existe donc un lien étroit entre la faiblesse résultant de la situation personnelle des parties et celle relative

¹³ Voy. M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1999, p. 20, n° 26.

¹⁴ *Business to Consumer*.

¹⁵ E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », *op. cit.*, p. 117, n° 61.

à leur position dans le contrat. Les deux types de faiblesse peuvent aussi s'additionner.

6. Quid de certains consommateurs spécialement vulnérables ? On observe que, de manière générale, il n'existe pas de notion spécifique pour caractériser les consommateurs spécialement vulnérables et leur appliquer un régime de protection adapté.

On songe notamment aux mineurs d'âge, qui sont pourtant présents en grand nombre sur l'internet, principalement par le biais des réseaux sociaux, des blogs ou des chats. Dans ce cadre notamment, ils constituent une cible de choix pour les annonceurs publicitaires ; ils peuvent également être amenés à conclure des contrats¹⁶ (pour télécharger des jeux ou des applications pour leur appareil mobile) et à effectuer des paiements à travers les réseaux¹⁷. *De lege ferenda*, on aurait pu espérer la mise en place d'un régime différencié à leur profit, qui se fonde sur la faiblesse spécifique dont ils souffrent (manque d'expérience, consentement irréfléchi, abus de leur cocontractant) et donne lieu à des règles de protection cohérente et fonctionnellement adaptées à leurs besoins¹⁸.

§ 2. Vulnérabilité spécifique pour le consommateur dans l'environnement numérique

7. Faiblesse spécifique liée au mode numérique de conclusion du contrat. Lorsque le contrat est conclu en ligne (à distance et par voie électronique), la faiblesse du consommateur peut s'expliquer par d'autres

¹⁶ S'agissant de leur capacité à conclure des contrats par le biais des réseaux, il convient de se référer aux législations nationales : en Belgique, par exemple, l'incapacité générale d'exercice qui les frappe les empêche de poser seuls des actes juridiques. Il est toutefois fait exception à cette règle dans diverses hypothèses, en particulier lorsqu'il s'agit d'actes de la vie courante.

¹⁷ À ce sujet, voy. M. DEMOULIN, « Les mineurs et le commerce électronique : besoin de protection ou d'autonomie ? », *J.T.*, 2007, pp. 105 et s. ; A. NOTTET, « Mineur et téléphonie mobile », *R.G.D.C.*, 2008, pp. 239-255 ; H. JACQUEMIN, « Contrats en ligne et protection du consommateur numérique », *J.T.*, 2012, pp. 805-809, n° 13 ; A. NOTTET, *Le consommateur mineur : analyse juridique de la protection d'une personne doublement vulnérable*, Waterloo, Kluwer, 2013.

¹⁸ En admettant qu'ils jouissent de suffisamment d'autonomie pour conclure des contrats sur le net, une protection adaptée doit leur être apportée, pour garantir leur consentement informé et réfléchi. Cela implique que le mode de communication soit adapté et qu'il existe des garde-fous pour empêcher certains achats ou, au moins, leur permettre de revenir sur leur engagement s'il apparaît que leur consentement n'était pas réfléchi ou qu'ils ont été victimes d'un abus de la part du vendeur.

circonstances (que celles évoquées *supra*, n° 5), qui ont justifié l'adoption des dispositions légales ou réglementaires additionnelles.

Le contrat étant, par définition, conclu à distance, les parties ne sont pas en présence physique et simultanée l'une de l'autre¹⁹ et le consommateur peut, par exemple, manquer d'information sur les biens commandés, qu'il ne peut pas voir, toucher ou essayer, comme dans un magasin traditionnel. On peut également craindre que le prestataire omette d'indiquer son identité ou fournisse de fausses coordonnées, voire qu'il n'informe pas le consommateur sur les droits dont il dispose (en particulier le droit de rétractation).

Dans une moindre mesure, la faiblesse peut également résulter de l'utilisation des technologies de l'information et de la communication en tant que telles, qui ne seraient pas correctement maîtrisées par l'internaute et qui pourraient le conduire à commettre des erreurs²⁰⁻²¹, voire encore de la facilité avec laquelle certains achats peuvent être effectués, ce qui peut donner lieu à des commandes impulsives et irréfléchies.

¹⁹ Voy. la définition du « contrat à distance », à l'art. I.8, 15°, du C.D.E. Les travaux préparatoires soulignent en effet que « vendeur et consommateur ne sont pas en présence, que ce dernier ne voit du produit offert qu'une image ou une description plus ou moins fidèles et que ces ventes ont lieu en dehors de l'entreprise du vendeur » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1420/20, p. 119). Voy. aussi le considérant n° 37 de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs. Sur ce point, voy. aussi C.J.C.E., arrêt C-205/07 du 16 décembre 2008, *Lodewijk Gysbrechts*, point 48 ; C.J.C.E., arrêt C-489/07 du 3 septembre 2009, *Messner*, point 20.

²⁰ Voy. en ce sens les travaux préparatoires de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (et dont les dispositions figurent désormais dans le livre XII du C.D.E.), qui relèvent que « le devoir d'information imposé à l'article 9 s'attache à la spécificité des contrats conclus électroniquement. Eu égard à la facilité et à la rapidité avec lesquelles un contrat peut être conclu sur les réseaux, il convient d'éviter à tout prix que le destinataire du service ne soit prisonnier d'un engagement qu'il n'aurait pas voulu, suite à une bévue ou à une inadvertance. C'est pourquoi l'objectif des informations prévues à l'article 9 est de garantir la transparence du processus contractuel, en vue d'un consentement libre et éclairé » (Exposé des motifs de la loi, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/1, p. 32). En doctrine, E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, coll. Tiré à part du répertoire notarial, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 217-218, n° 165 et pp. 222 et s., n° 169 ; C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », *Act. dr.*, 2002, pp. 174 et s., n° 10. Voy. aussi C.J.C.E., arrêt C-298/07 du 16 octobre 2008, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, R.D.T.I.*, 2009/34, p. 59, note D. W. KABRÉ, points 22-23 (on note toutefois que la Cour, qui souligne l'objectif de protection du consommateur, ne vise pas uniquement les erreurs qui pourraient être commises en raison du recours aux technologies de l'information pour conclure le contrat).

²¹ Sur ce dernier point, il faut cependant reconnaître que cette considération devrait se vérifier de plus en plus rarement, la plupart des consommateurs disposant désormais, et dès leur plus jeune âge, des compétences suffisantes pour utiliser les outils transactionnels en ligne.

Avec le développement de l'intelligence artificielle, et le recours à celle-ci pour informer le consommateur (par le biais de *chatbot* mis à sa disposition sur des sites transactionnels, par exemple) ou le convaincre de souscrire tel ou tel autre service, sur la base de préférences identifiées au terme d'une analyse *big data*, d'autres risques apparaissent pour le consommateur. Il pourrait par exemple ignorer l'intervention d'une machine (plutôt qu'un être humain), recevoir des informations erronées (l'application d'intelligence artificielle étant mal configurée, par exemple) ou être victime de pression pour s'engager contractuellement. Le consommateur sera également en situation de vulnérabilité, s'il s'agit de s'engager dans le cadre d'un *smart contract* fondé sur la technologie *blockchain*, dont il ne maîtrise ni les caractéristiques techniques, ni les implications juridiques.

8. Faiblesse spécifique liée à l'objet numérique du contrat. L'objet – numérique – du contrat peut également être à l'origine d'une situation de faiblesse dans le chef du consommateur.

Tel est le cas lorsque le contrat porte sur des contenus numériques (musique téléchargée en ligne, films visionnés en streaming, services de *cloud computing*, etc.), caractérisés par des éléments de nature technique (et qui tiennent notamment à ses fonctionnalités, son interopérabilité avec d'autres matériels ou logiciels ou aux restrictions géographiques éventuelles), que le consommateur moyen ne maîtrise pas nécessairement. De nombreux consommateurs peuvent aussi être surpris de l'exigence de paiement d'un prix en cours d'exécution du contrat (pour progresser dans un jeu sur appareil mobile, par exemple, le téléchargement de l'application de base étant gratuit). Par ailleurs, il n'est pas rare que des données à caractère personnel soient traitées à travers les applications mises à sa disposition ou que des droits de propriété intellectuelle lui soient octroyés. À cet égard, le consommateur souffrira généralement d'un manque d'information sur les éléments de droit liés à ces considérations, lorsqu'il ignore les traitements réalisés avec ses données ou qu'il ne connaît pas l'étendue de son droit d'utilisation sur le logiciel téléchargé.

La même analyse peut être faite lorsque le consommateur acquiert un robot ou une application d'intelligence artificielle, dont il ne maîtrise pas forcément les éléments techniques ou les risques encourus, en termes de protection des données ou de dommages susceptibles d'être causés aux biens ou aux personnes (en cas de véhicule autonome, par exemple).

La faiblesse est encore renforcée par la circonstance qu'en général, il s'agit de contrats d'adhésion, privant le consommateur de toute marge de négociation, ce qui peut être exploité par le cocontractant, qui en profite pour imposer des conditions contractuelles déséquilibrées. On songe aux clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans des contrats

portant sur la fourniture de services de *cloud computing* sans contrepartie financière, le prestataire s'exonérant généralement de toute responsabilité en cas de perte des données.

SECTION 2. – Panorama des mesures de protection du consommateur dans l'environnement numérique

§ 1. Complexité du cadre normatif

9. Plusieurs couches de règles à appliquer. Les dispositions légales ou réglementaires potentiellement applicables au consommateur qui s'engage dans l'environnement numérique sont nombreuses.

En raisonnant du spécial au général – comme le commande l'adage *specialia generalibus derogant*²² – il faut d'abord se pencher sur les règles spécifiques qui ont été adoptées en raison de la conclusion du contrat au moyen des technologies de l'information et de la communication, ou eu égard à l'objet numérique de l'engagement (nous les examinerons de manière plus approfondie par la suite – cf. *infra*, §§ 2 et 3).

Il faut y ajouter les dispositions particulières, de nature sectorielle, dont l'application est déterminée par l'objet du contrat – assurance, voyage, crédit à la consommation, etc. (*infra*, n° 10). Dans ces hypothèses, le numérique est en effet utilisé de plus en plus souvent pour nouer des relations contractuelles (réservation d'un billet d'avion, téléchargement d'un film à travers une application mobile, etc.).

Les règles transversales de protection du consommateur doivent également être observées (*infra*, n° 11), de même que diverses exigences ressortissant à la protection des données à caractère personnel²³, à la vie privée, ou à d'autres libertés publiques²⁴. On peut y ajouter les dispositions du

²² Suivant celui-ci, « la norme qui règle spécialement une question prime celle qui énonce une disposition générale » (X. DIJON, *Méthodologie juridique. L'application de la norme*, Diegem, Kluwer, 1996, p. 95, n° 313). Voy. aussi P. DELNOY, *Précis de méthodologie juridique*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 382, n° 118 : « parfois, le législateur règle d'une certaine manière une catégorie générique de faits et, d'une autre manière, une des espèces appartenant à ce genre. Dans ce cas, s'il se vérifie que les faits concernés présentent toutes les caractéristiques qui permettent de les classer sous le concept spécifique, on doit leur appliquer la seconde règle, en vertu du principe : *specialia generalibus derogant* ».

²³ À ce sujet, voy. la contribution de J. Herveg, dans le présent ouvrage.

²⁴ À ce sujet, voy. la contribution de S. Wattier et M. Nihoul, dans le présent ouvrage.

Code civil applicables à certains contrats nommés, ou ressortissant à la théorie générale des contrats et des obligations²⁵.

10. Règles sectorielles spécifiques de protection des consommateurs.

Diverses dispositions légales ou réglementaires ont été adoptées pour protéger l'une des parties, supposée en situation de faiblesse, en raison de l'objet du contrat. Il s'agit généralement d'un consommateur, quoique le domaine d'application *ratione personae* peut également être plus large.

Elles figurent dans le Code de droit économique (spécialement le livre VII sur les services de paiement et de crédit et le livre IX sur la sécurité des produits et des services), dans le Code civil (art. 1649*bis* et suivants, sur la garantie des biens de consommation, ou art. 2043*bis* et suivants, sur le cautionnement à titre gratuit) ou dans des législations particulières. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut mentionner la loi du 24 janvier 1977 relative à la protection de la santé des consommateurs, en ce qui concerne les denrées alimentaires et les autres produits, la loi du 25 février 1991 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, la loi du 13 juin 2005 sur les communications électroniques, la loi du 30 juillet 2013 sur la revente de titres d'accès à des événements, la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances ou la loi du 21 novembre 2017 relative à la vente de voyages à forfait, de prestations de voyage liées et de services de voyage. On peut y ajouter les règlements européens, directement applicables en droit belge, notamment dans le domaine des transports²⁶ ou de l'information sur les denrées alimentaires²⁷.

Les mesures de protection prévues par ces textes sont multiples et variées – certaines sont classiques, comme l'obligation d'information, d'autres sont plus originales, et prévoient par exemple des procédures d'indemnisation ; leur analyse irait cependant au-delà des limites posées

²⁵ À ce sujet, voy. la contribution de F. George et J.-B. Hubin, dans le présent ouvrage.

²⁶ Voy. par ex. le règlement (CE) 261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) 295/91, *J.O.*, L 46 du 17 février 2004 ou le règlement (CE) 1371/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires, *J.O.*, L 315 du 3 décembre 2007.

²⁷ On songe par exemple au Règlement (UE) 1169/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires, modifiant les règlements (CE) 1924/2006 et (CE) 1925/2006 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 87/250/CEE de la Commission, la directive 90/496/CEE du Conseil, la directive 1999/10/CE de la Commission, la directive 2000/13/CE du Parlement européen et du Conseil, les directives 2002/67/CE et 2008/5/CE de la Commission et le règlement (CE) 608/2004 de la Commission, *J.O.*, L 304 du 22 novembre 2011.

à la présente contribution. Sauf exception, ces textes ne prescrivent pas d'exigences spécifiquement adoptées pour protéger l'une des parties en raison de la conclusion du contrat par voie électronique. Le cas échéant, lorsque les contraintes posées par les TICs sont prises en compte, l'objectif est de lever les obstacles formels résultant de la dématérialisation des procédures, pour assurer un niveau suffisant de sécurité juridique. On songe à l'introduction de la notion de support durable, qui vise le papier ou des moyens électroniques, ou à la référence à un procédé déterminé de signature électronique pour la conclusion d'un contrat de crédit à la consommation²⁸.

11. Règles transversales de protection des consommateurs. C'est dans le livre VI du Code de droit économique – sur les pratiques du marché et la protection du consommateur – que figurent les principales règles transversales de protection des consommateurs. Elles visent notamment à transposer la directive 93/13/CEE sur les droits des consommateurs²⁹, la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs et la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs.

Les mesures de protection consistent notamment à informer le consommateur³⁰, introduire une clause d'interprétation plus favorable à celui-ci³¹, déterminer le moment de la livraison d'un bien³² ou l'allocation des risques en cas de cas de perte ou d'endommagement en cours d'expédition³³, voire encore à encadrer la reconduction tacite des contrats à durée indéterminée³⁴. Elles ont aussi pour finalité d'interdire certains paiements³⁵, les clauses abusives³⁶, les pratiques commerciales déloyales à l'égard de consommateurs³⁷ ou les communications non-souhaitées³⁸.

Le domaine d'application de ces mesures doit être examiné au cas par cas, par référence à la terminologie employée par le législateur. *Ratione personae*, on vise généralement les relations entre une entreprise et un consommateur, ce qui exclut les relations C2C. *Ratione materiae*, les hypothèses

²⁸ Voy. par ex. l'art. VII.78 du C.D.E.

²⁹ Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.*, L 95 du 21 avril 1993.

³⁰ Art. VI.2 et s. du C.D.E.

³¹ Art. VI.37 du C.D.E.

³² Art. VI.43 du C.D.E.

³³ Art. VI.44 du C.D.E.

³⁴ Art. VI.91 du C.D.E.

³⁵ Art. VI.40 et VI.42 du C.D.E.

³⁶ Art. VI. 82 et s. du C.D.E.

³⁷ Art. VI. 92 et s. du C.D.E.

³⁸ Art. VI.110 et s. du C.D.E.

soumises au régime protecteur sont plus ou moins nombreuses, suivant qu'il est question de produit³⁹, de biens⁴⁰ et/ou de services⁴¹, voire de contrats de vente⁴² ou de contrats de services⁴³. Ainsi, l'interdiction des clauses abusives ou des pratiques commerciales déloyales s'applique aux produits, tandis que les obligations en matière de délai livraison⁴⁴ ou de transfert des risques⁴⁵ ne visent que les biens. Par ailleurs, il est intéressant de noter que le contrat portant à la fois sur des biens et sur des services peut conserver la qualification de « contrat de vente »⁴⁶. Dans les deux cas (contrat de vente et contrat de service), il est requis que le consommateur paie ou s'engage à payer un prix, ce qui exclut les biens et les services offerts gratuitement dans le cadre de ces contrats.

Nous aurons l'occasion de revenir sur certaines de ces mesures en examinant des phénomènes technologiques plus récents comme l'intelligence artificielle ou la *blockchain* (*infra*, n^{os} 30 et s.).

12. Cadre normatif en évolution. Il est important de noter que, dans le domaine de l'économie électronique, le cadre normatif a évolué sensiblement au cours des dernières années, principalement sous l'impulsion du législateur européen, et que la tendance devrait se poursuivre.

De nombreuses propositions ont en effet été introduites par la Commission européenne, dans le cadre de sa Stratégie pour un marché unique numérique⁴⁷.

Fin 2015, elle a ainsi déposé des propositions de directives en matière de contrats portant sur la fourniture de contenus numériques⁴⁸ ou de contrats de ventes en ligne⁴⁹ ⁵⁰. Elles sont toujours en cours de discussion.

³⁹ Art. I.1, 4°, du C.D.E.

⁴⁰ Art. I.1, 6°, du C.D.E.

⁴¹ Art. I.1, 5°, du C.D.E.

⁴² Art. I.8, 33°, du C.D.E.

⁴³ Art. I.8, 34°, du C.D.E.

⁴⁴ Art. VI.43 du C.D.E.

⁴⁵ Art. VI.44 du C.D.E.

⁴⁶ Voy. la définition du « contrat de vente », à l'art. I.8, 33°, du C.D.E.

⁴⁷ COM(2015) 192 final.

⁴⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenus numériques, COM(2015) 634 final.

⁴⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens, COM(2015) 635 final.

⁵⁰ À ce sujet, voy. E. TERRY, « [Actualiteit] Voorstellen voor nieuwe richtlijnen voor digitale overeenkomsten en online verkoop in de EU », *D.C.C.R.*, 2016/110, pp. 77-78.

Quatre instruments ont également été dévoilés le 25 mai 2016⁵¹. Ceux-ci s'inscrivent dans une « approche globale visant à stimuler le commerce électronique transfrontière pour les citoyens et les entreprises d'Europe »⁵². Elle se traduit en l'occurrence par trois propositions législatives, depuis lors adoptées : le règlement (UE) 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant les règlements (CE) 2006/2004 et (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE⁵³ ; le règlement (UE) 2018/644 du Parlement européen et du Conseil du 18 avril 2018 relatif aux services de livraison transfrontière de colis⁵⁴ et le règlement (UE) 2017/2394 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 sur la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs et abrogeant le règlement (CE) 2006/2004⁵⁵. Ces textes sont par ailleurs accompagnées par des Orientations concernant la mise en œuvre/l'application de la directive sur les pratiques commerciales déloyales⁵⁶.

Le 11 avril 2018, un New Deal pour les consommateurs a également été présenté par la Commission⁵⁷. Les objectifs poursuivis sont les suivants :

- « moderniser les règles existantes et combler les lacunes de l'acquis actuel en matière de protection des consommateurs ;
- améliorer les possibilités de recours pour les consommateurs, soutenir une meilleure application des règles et renforcer la coopération des autorités publiques dans un marché unique équitable et sûr ;

⁵¹ Voy. H. JACQUEMIN, « [Actualité] Propositions de la Commission européenne du 25 mai 2016 en vue de stimuler le commerce électronique transfrontière, *D.C.C.R.*, 2016/113, pp. 109-112.

⁵² Comme l'indique l'intitulé de la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM(2016) 320 final.

⁵³ *J.O.*, L 601 du 2 mars 2018.

⁵⁴ *J.O.*, L 112 du 2 mai 2018.

⁵⁵ *J.O.*, L 345 du 27 décembre 2017.

⁵⁶ Commission Staff Working Document Guidance on the implementation/application of directive 2005/29/EC on unfair commercial practices, Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A comprehensive approach to stimulating cross-border e-Commerce for Europe's citizens and businesses, SWD(2016) 163 final.

⁵⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, « Une nouvelle donne pour les consommateurs », COM(2018) 183 final.

- accroître la coopération avec les pays partenaires situés en dehors de l'UE ;
- assurer l'égalité de traitement des consommateurs dans le marché unique et garantir que les autorités nationales compétentes sont habilitées à traiter tout problème de différence de qualité des produits de consommation ;
- améliorer la communication et le renforcement des capacités pour que les consommateurs soient mieux informés de leurs droits et aider les professionnels, en particulier les petites et moyennes entreprises, à se conformer plus facilement aux obligations qui leur incombent ;
- examiner les défis futurs pour la politique des consommateurs dans un environnement économique et technologique en mutation rapide »⁵⁸.

Sur le plan normatif, deux propositions de directives sont déposées dans la foulée. On retient uniquement celle qui introduit de nouvelles règles matérielles et qui, à divers égards, tendent à renforcer la protection du consommateur numérique⁵⁹. Elles visent en effet à renforcer la transparence sur les marchés en ligne, à étendre la protection aux services gratuits, à supprimer certaines charges imposées aux entreprises (par un choix plus souple des moyens de communications – le cas échéant électroniques – choisis). Les sanctions sont également renforcées. Nous revenons sur certaines de ces mesures dans la suite de la contribution.

13. Comment articuler les dispositions potentiellement applicables de manière concurrente ? Dans un rapport contractuel donné, il n'est pas rare que les conditions d'application de *plusieurs* textes légaux ou réglementaires (ou de certaines dispositions particulières prescrites par ceux-ci) soient réunies. La question qui se pose est la suivante : faut-il appliquer cumulativement ces différents textes, et les exigences qu'ils prescrivent ou, au contraire, une application exclusive (l'un à défaut de l'autre) doit-elle prévaloir ?⁶⁰ La réponse est loin d'être univoque et dépend de divers facteurs. L'application exclusive ne s'impose que lorsque les normes dont les conditions d'application sont convergentes sont incompatibles entre

⁵⁸ *Ibid.*, p. 4.

⁵⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil, la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil concernant une meilleure application et une modernisation des règles de protection des consommateurs dans l'UE, COM(2018) 185 final.

⁶⁰ À ce sujet, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, *op. cit.*, n^{os} 220 et s.

elles. Tel est le cas par exemple lorsque les manifestations des formes à accomplir sont différentes sans être complémentaires ou quand les sanctions susceptibles d'être prononcées en cas d'inobservation sont incompatibles entre elles.

Dans ces cas de figure, et exception faite des hypothèses expressément exclues du champ d'application de tel ou tel autre texte, on peut se référer aux adages bien connus *specialia generalibus derogant* et *lex posterior priori derogat*.

Dans les autres hypothèses, rien ne s'oppose *a priori* à ce que les exigences soient accomplies de manière cumulative. Par exemple, lorsqu'un contrat de voyage (réservation d'un hôtel avec le transport) est conclu à travers l'application mobile d'un tour opérateur, rien n'empêche d'appliquer les obligations d'information prévues par la loi du 21 novembre 2017 relative à la vente de voyages à forfait, de prestations de voyage liées et de services de voyage, le livre VI du C.D.E. sur les contrats à distance ne portant pas sur des services financiers et le livre XII du même Code sur le droit de l'économie électronique. C'est du reste ce que commande la logique puisque chacun des textes a été adopté en vue de protéger le consommateur dans diverses situations de vulnérabilité bien précises : contrat de voyage (loi du 21 novembre 2017) ; contrat conclu à distance (livre VI du C.D.E.) et contrat conclu à distance et par voie électronique (livre XII du C.D.E.).

Cette analyse pourrait néanmoins être remise en cause à la suite des arrêts Uber rendus par la Cour de justice de l'Union européenne⁶¹.

14. Incidence de l'arrêt Uber de la Cour de justice. Celle-ci a en effet été saisie, sur question préjudicielle, de plusieurs affaires impliquant ce prestataire bien connu de l'économie collaborative⁶². Par souci de clarté, nous faisons uniquement référence à l'arrêt du 20 décembre 2017⁶³.

⁶¹ Sur ces considérations, voy. H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires : état des lieux et perspectives », *Responsabilités et numérique*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 63 et s.

⁶² C.J.U.E., 20 décembre 2017, aff. C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi* ; C.J.U.E., 10 avril 2018, aff. C-320/16, *Uber France*. Voy. aussi C.J.U.E., 27 octobre 2016, aff. C-526/15, *Uber Belgium BVBA* : dans cette ordonnance, la Cour juge la demande de question préjudicielle manifestement irrecevable, en l'absence de description suffisamment détaillée de l'activité en cause.

⁶³ Dans l'arrêt du 10 avril 2018 (§§ 18-23), la Cour rappelle en effet l'analyse réalisée dans l'arrêt du 20 décembre 2017, avant de décider que « cette conclusion vaut, pour les mêmes raisons, s'agissant du service d'intermédiation en cause au principal, dès lors qu'il ressort des informations dont dispose la Cour que ce service ne se distingue pas substantiellement de celui qui est décrit au point 21 du présent arrêt, ce qu'il appartient toutefois à

À proprement parler, ces litiges ne concernaient pas l'application des dispositions matérielles de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique en matière d'information et de transparence, telles que transposées dans le livre XII du C.D.E. : il s'agissait plus précisément de se prévaloir du principe du pays d'origine visé à l'article 3, § 1, de l'interdiction corrélatrice, pour les États membres, pour des questions relevant du domaine coordonné, de « restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre »⁶⁴, et des dérogations permises⁶⁵. Dans ce contexte, la Cour devait déterminer si un service mixte comme celui d'Uber peut être considéré comme un « service de la société de l'information », auquel ces exigences devraient être appliquées.

La question préjudicielle portait également sur l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et la directive 2006/123/CE sur les services⁶⁶.

Conformément à la législation applicable, la fourniture de services de taxi urbain est en effet subordonnée à une autorisation préalable délivrée par les autorités compétentes. Comme le résume la Cour dans son arrêt du 20 décembre 2017, « par ses première et deuxième questions, qu'il convient de traiter ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 56 TFUE, lu conjointement avec l'article 58, paragraphe 1, TFUE, ainsi que l'article 2, paragraphe 2, sous d), de la directive 2006/123 et l'article 1^{er}, point 2, de la directive 98/34, auquel renvoie l'article 2, sous a), de la directive 2000/31, doivent être interprétés en ce sens qu'un service d'intermédiation, tel que celui en cause au principal, qui a pour objet, au moyen d'une application pour téléphone intelligent, de mettre en relation, contre rémunération, des chauffeurs non professionnels utilisant leur propre véhicule avec des personnes qui souhaitent effectuer un déplacement urbain, doit être qualifié de « service dans le domaine des transports », au sens de l'article 58, paragraphe 1, TFUE, et, partant, exclu du champ d'application de l'article 56 TFUE, de la directive 2006/123 et de la directive 2000/31, ou, au contraire, si ce service relève de l'article 56 TFUE, de la directive 2006/123 ainsi que de la directive 2000/31 »⁶⁷. L'application de ces derniers textes permettrait en effet

la juridiction de renvoi de vérifier » (§ 24). Aucune obligation de notification préalable à la Commission, conformément à la directive 98/34/CE, n'est donc requise pour la réglementation en cause.

⁶⁴ Art. 3, § 2, de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique.

⁶⁵ Art. 3, § 4, de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique.

⁶⁶ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, J.O., L 376 du 27 décembre 2006.

⁶⁷ C.J.U.E., 20 décembre 2017, aff. C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi*, § 33.

de conclure que l'autorisation préalable prescrite par la législation espagnole est contraire à la libre prestation de services et à l'interdiction de restreindre la libre circulation des services de la société de l'information.

En décomposant les éléments constituant le service offert par Uber, on peut distinguer un service de la société de l'information (le service d'intermédiation consistant à mettre en relation le passager et le chauffeur non-professionnel au moyen de l'application de son smartphone) et le service de transport en tant que tel. Pour ce dernier, la Cour constate qu'Uber offre ce service de transport urbain et organise son fonctionnement général⁶⁸. Aussi la Cour conclut-elle qu'il s'agit d'un « service global dont l'élément principal est un service de transport »⁶⁹, ce qui exclut l'application de la directive 2000/31/CE à ce service d'intermédiation⁷⁰, ainsi que la directive 2006/123/CE⁷¹ et l'article 56 du TFUE⁷².

La question de la compatibilité de la législation espagnole imposant des conditions d'accès pour la fourniture du service de transport aux principes de libre prestation établis par ces textes ne se pose donc pas, puisqu'ils ne sont pas applicables audit service.

Il en résulte par ailleurs que le service fourni par l'application mobile d'Uber aux utilisateurs (passagers et chauffeurs non-professionnels) n'est pas soumis aux exigences d'information prescrites par les articles 5 et suivants de la directive sur le commerce électronique, ou à l'exonération de responsabilité établie aux articles 12 et suivants.

Cette conséquence ne nous paraît pas conforme à la *ratio legis* de la directive sur le commerce électronique : l'objectif est en effet de compléter le cadre normatif applicable par ailleurs, en ajoutant une couche de règles justifiées par les risques spécifiques posés par le recours aux technologies

⁶⁸ C.J.U.E., 20 décembre 2017, aff. C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi*, §§ 37 et s. On retient en particulier le § 39 : « il ressort des informations dont la Cour dispose que le service d'intermédiation d'Uber repose sur la sélection de chauffeurs non professionnels utilisant leur propre véhicule auxquels cette société fournit une application sans laquelle, d'une part, ces chauffeurs ne seraient pas amenés à fournir des services de transport et, d'autre part, les personnes désireuses d'effectuer un déplacement urbain n'auraient pas recours aux services desdits chauffeurs. De surcroît, Uber exerce une influence décisive sur les conditions de la prestation de tels chauffeurs. Sur ce dernier point, il apparaît notamment qu'Uber établit, au moyen de l'application éponyme, à tout le moins le prix maximum de la course, que cette société collecte ce prix auprès du client avant d'en reverser une partie au chauffeur non professionnel du véhicule, et qu'elle exerce un certain contrôle sur la qualité des véhicules et de leurs chauffeurs ainsi que sur le comportement de ces derniers, pouvant entraîner, le cas échéant, leur exclusion ».

⁶⁹ C.J.U.E., 20 décembre 2017, aff. C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi*, § 40.

⁷⁰ C.J.U.E., 20 décembre 2017, aff. C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi*, § 42.

⁷¹ C.J.U.E., 20 décembre 2017, aff. C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi*, § 43.

⁷² C.J.U.E., 20 décembre 2017, aff. C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi*, § 44.

de l'information et de la communication. Or, à suivre la Cour de justice, il faudrait exclure l'application de ces règles dès l'instant où le service de la société de l'information constitue une composante du service pris dans sa globalité, et qu'il ne s'agit pas de l'élément principal (cet élément principal étant le service de transport, dans l'arrêt Uber, soumis par ailleurs à un autre cadre normatif). On peut comprendre l'analyse de la Cour pour l'application des principes tenant à la libre circulation. Mais il nous paraît regrettable que les effets collatéraux de cette qualification exclusive – la non-application des autres dispositions de la directive sur le commerce électronique – n'aient pas été pris en compte.

On peut d'ailleurs s'interroger sur l'application de l'analyse de la Cour de justice dans cet arrêt Uber aux autres activités de l'économie collaborative (plateformes de location de logements, de ventes de biens de seconde main, de *crowdfunding*, etc.).

Dans ses conclusions précédant l'arrêt Uber du 20 décembre 2017, l'avocat général apporte des éléments de réponse, qui peuvent être pertinents pour certaines de ces hypothèses. Il écrit en effet que « bien évidemment, des similitudes existent, par exemple du fait des mécanismes de réservation ou d'achat directement sur la plateforme, des facilités de paiement ou encore des systèmes d'évaluation. Ce sont des services offerts par la plateforme à ses utilisateurs. Cependant, contrairement à la situation des chauffeurs d'Uber, tant les hôtels que les compagnies aériennes sont des entreprises dont le fonctionnement est totalement indépendant de toute plateforme intermédiaire et pour lesquelles de telles plateformes ne constituent qu'un moyen parmi d'autres de commercialiser leurs services. Ce sont elles aussi, et non pas les plateformes de réservation, qui déterminent les conditions de prestation de leurs services, à commencer par les prix. Ces entreprises fonctionnent aussi selon les réglementations propres à leur secteur d'activité, de sorte que les plateformes de réservation n'exercent pas de contrôle préalable d'accès à l'activité comme le fait Uber concernant ses chauffeurs. Enfin, les utilisateurs ont, sur une telle plateforme de réservation, un véritable choix entre plusieurs prestataires dont les offres diffèrent sur plusieurs facteurs importants de leur point de vue, comme les standards du vol ou du logement, les horaires des avions, l'emplacement de l'hôtel, etc. En revanche, chez Uber, ces facteurs sont standardisés et déterminés par la plateforme, de sorte que, en règle générale, le passager acceptera la prestation du chauffeur le plus rapidement disponible. Uber n'est donc pas un simple intermédiaire entre des chauffeurs prêts à proposer occasionnellement un service de transport et des passagers à la recherche d'un tel service. Tout au contraire, Uber est un véritable organisateur et opérateur de services de transport urbain dans les villes dans lesquelles il est présent. S'il est vrai, comme l'affirme Uber dans

ses observations dans la présente affaire, que son concept est innovant, cette innovation relève cependant du domaine du transport urbain »⁷³.

Cette distinction pourrait donner lieu à des difficultés d'interprétation dans certains cas. Il eût été préférable, selon nous, de considérer qu'il s'agit d'un service de la société de l'information et de poursuivre le raisonnement, en analysant si l'hypothèse entre dans le domaine coordonné et si l'entrave à la libre circulation est justifiée. C'est l'exercice auquel s'est prêté l'avocat général dans ses conclusions précédant l'arrêt du 20 décembre 2017⁷⁴.

§ 2. Mesures spécifiques justifiées par le mode – numérique – de conclusion du contrat

A) Cadre normatif

15. Articulation des dispositions des livres VI et XII du C.D.E. Lorsqu'une relation contractuelle est nouée dans l'environnement numérique, et pour autant que leurs conditions d'application soient satisfaites, il échet d'appliquer les dispositions des livres VI et XII du Code de droit économique, respectivement consacrées aux contrats à distance et aux services de la société de l'information⁷⁵.

16. Dispositions du livre VI relatives aux contrats à distance. Le chapitre II du titre III du livre VI est consacré aux contrats à distance.

Une distinction est faite entre les contrats à distance ne portant pas sur des services financiers⁷⁶ et les contrats à distance portant sur des services financiers⁷⁷, qui font l'objet de dispositions légales distinctes⁷⁸ (même si, globalement, les mécanismes de protection mis en place sont similaires

⁷³ Conclusions de l'avocat général M. Maciej SZPUNAR, présentées le 11 mai 2017, aff. C-434/15, §§ 58-61.

⁷⁴ Conclusions de l'avocat général M. Maciej SZPUNAR, présentées le 11 mai 2017, aff. C-434/15, §§ 74 et s.

⁷⁵ Les considérations qui suivent sont tirées de nos précédentes publications sur le même sujet, en particulier H. JACQUEMIN, « Les nouvelles règles du Code de droit économique applicables aux contrats en ligne », *R.D.T.I.*, 2014/3, pp. 5 et s. ; H. JACQUEMIN et J. LESAGE, « Aspects contractuels et de protection du consommateur dans le commerce en ligne », *La révolution digitale des start-ups*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 103-144.

⁷⁶ Art. VI.45 et s. du C.D.E.

⁷⁷ Art. VI.54 et s. du C.D.E. Le service financier est défini comme « tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements » (art. I.8, 18°, du C.D.E.).

⁷⁸ Cette différence s'explique par le fait que les dispositions ne transposent pas la même directive européenne : en matière de contrats à distance ne portant pas sur des services

– obligation d'information et droit de rétractation). Pour ne pas compliquer la présentation, on se limite, dans la présente contribution, aux règles relatives aux contrats à distance ne portant pas sur des services financiers.

Pour cerner le champ d'application de ces dispositions, on peut s'appuyer sur la définition du « contrat à distance ». Il désigne « tout contrat conclu entre l'entreprise et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance, sans la présence physique simultanée de l'entreprise et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu »⁷⁹. La notion de « technique de communication à distance » est également définie⁸⁰. Les contrats conclus par échange de courriers électroniques, sur des sites internet transactionnels ou sur des applications mobiles sont en tout cas visés⁸¹. Par contre, si le site internet utilisé ou les applications se limitent à donner des informations sur le professionnel, ou sur ses biens et ses services, les dispositions du livre VI sur les contrats à distance ne sont pas d'application.

Ratione personae, seuls les contrats conclus entre une entreprise et un consommateur sont soumis aux articles VI.45 et suivants (à l'exclusion des contrats conclus entre consommateurs, par exemple sur un site de vente de biens de seconde main).

17. Dispositions du livre XII relatives aux services de la société de l'information. Les règles du livre XII du C.D.E., en matière d'information et de transparence (art. XII.6 à XII.11) s'appliquent à la fourniture de services de la société de l'information. Il s'agit de « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service »⁸². Les prestataires qui présentent leurs produits à travers un site web ou qui offrent une application pour un appareil mobile fournissent assurément un tel service, peu importe, du reste, qu'un contrat puisse être conclu en ligne ou pas.

financiers, c'est la directive sur les droits des consommateurs qui est transposée ; pour les contrats à distance sur les services financiers, c'est au contraire la directive 2002/65/CE, précitée.

⁷⁹ Art. I.8, 1^o, du C.D.E.

⁸⁰ Art. I.8, 16^o, du C.D.E.

⁸¹ Voy. en ce sens le considérant n° 20 de la directive sur les droits des consommateurs, qui apporte par ailleurs diverses précisions pour établir si certaines hypothèses spécifiques, dans lesquelles la négociation a lieu en présence physique des parties (le contrat étant conclu ensuite à distance) ou, au contraire, sans la présence physique et simultanée des parties (le contrat n'étant pas, par la suite, conclu à distance), peuvent être qualifiées de contrats à distance.

⁸² Art. I.18, 1^o, du C.D.E.

Ratione personae, l'observation de ces dispositions ne se limite pas aux services fournis aux consommateurs. Les relations B2C⁸³ et B2B⁸⁴ sont en effet couvertes. Cependant, dans ce dernier cas, il est permis aux parties qui ne sont pas des consommateurs de déroger conventionnellement à certaines dispositions⁸⁵. Comme pour le livre VI, les dispositions du livre XII ne devraient pas s'appliquer aux contrats conclus entre deux consommateurs⁸⁶.

B) Mesures de protection proprement dites

18. Obligations d'information. Les obligations d'information prévues par les livres VI (en matière de contrats à distance) et XII du C.D.E. sont nombreuses. C'est cohérent avec l'objectif de lutte contre la situation de vulnérabilité dont est supposé souffrir le consommateur qui s'engage en ligne et qui consiste, notamment, en un manque de connaissance sur des éléments de fait ou de droit du rapport contractuel (*supra*, n° 7).

L'article XII.6 du C.D.E. exige ainsi de tout prestataire d'un service de la société de l'information qu'il « assure un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, au moins », à diverses informations permettant principalement de l'identifier et d'entrer en contact avec lui. Le cas échéant, les informations à diffuser portent également sur les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente (l'activité étant soumise à un régime d'autorisation) ou ont trait aux professions réglementées. Ces obligations d'information doivent être observées indépendamment de l'existence d'un processus contractuel et, s'il existe, à toute étape de celui-ci (l'accès devant être permanent). On peut ajouter l'exigence prévue par l'article 14 du règlement (UE) 524/2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation (RLI)⁸⁷, appli-

⁸³ *Business to Consumer*.

⁸⁴ *Business to Business*.

⁸⁵ Voy. les dispositions énumérées à l'art. XII.10 du C.D.E.

⁸⁶ L'existence d'un « service presté normalement contre rémunération », qui doit caractériser le service de la société de l'information, renvoie à l'exigence d'un « service », tel que défini aux articles 56 et 57 du TFUE (voy. les travaux préparatoires de la loi du 11 mars 2003, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/001, p. 13). Or, lorsqu'un consommateur vend un bien à un autre consommateur, il ne s'agit pas d'une activité économique au sens du Traité. Raisonner autrement aurait d'ailleurs pour effet d'imposer aux consommateurs le respect d'un cadre normatif très strict lorsqu'ils s'engagent avec d'autres consommateurs (cf. les obligations d'information prévues aux articles XII.6 et s. du C.D.E.), ce qui serait manifestement disproportionné.

⁸⁷ Règlement (UE) 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) 2006/2004 et la directive 2009/22/CE, *J.O.*, L 165 du 18 juin 2013, pp. 1 et s. Le règlement

cable depuis le 9 janvier 2016, et qui impose aux professionnels établis dans l'Union et qui participent à des contrats de vente ou de service en ligne, ainsi qu'aux places de marché en ligne établies dans l'Union, de faire figurer, sur leur site internet, un lien électronique vers la plateforme de RLL⁸⁸. Le règlement ajoute que ce lien est aisément accessible aux consommateurs et que les professionnels établis dans l'Union participant à des contrats de vente ou de service en ligne indiquent aussi leur adresse électronique.

Diverses informations doivent être fournies *avant* que le consommateur ne soit lié par un contrat. Les modalités formelles restent, à ce stade, assez souples puisque les informations prescrites au stade précontractuel doivent être fournies ou mises à la disposition du consommateur « sous une forme adaptée à la technique de communication utilisée »⁸⁹. Ni le papier, ni le support durable ne sont requis à ce stade. En outre, une simple « mise à disposition » des informations, qui peut requérir une démarche active du consommateur pour en prendre connaissance, paraît suffisante. Les informations en question sont listées à l'article VI.45, § 1^{er}, du C.D.E., et porte sur des éléments de faits ou de droit susceptible de réduire le déficit informationnel dont le consommateur est supposé souffrir (identification et coordonnées de l'entreprise, description du bien ou du service, droit de rétractation, etc.).

relatif au RLLC doit être vu comme le complément de la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) 2006/2004 et la directive 2009/22/CE, *J.O.*, L 165 du 18 juin 2013, pp. 63 et s., transposée au livre XVI du C.D.E. Pour un commentaire de la directive et du règlement, voy. E. POILLOT, « Chronique - Droit de la consommation », *J.D.E.*, 2014/1, pp. 20-22 ; H. DE CONINCK, « De alternatieve geschillenbeslechting in België : verleden, heden en toekomst », *D.C.C.R.*, 2013/100-101, pp. 223 et s. ; S. BERNHEIM-DESVAUX, « Règlement extrajudiciaire et règlement en ligne des litiges de consommation », *Obs. Bxl*, n° 95, janvier 2014, pp. 16 à 19 ; G. RUE, « Bientôt une plate-forme européenne pour le règlement en ligne des litiges de consommation », *BSJ*, n° 497, mai 2013, p. 15 ; H. JACQUEMIN et A. LACHAPPELLE, « Renforcer la confiance des consommateurs par le règlement extrajudiciaire des litiges », *J.D.E.*, 2014/209, pp. 186-196 ; G. RENIER, « Le nouvel encadrement de l'Union européenne pour le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation. Examen de la directive 2013/11/UE en matière d'ADR », *R.E.D.C.*, 2014, pp. 135-163.

⁸⁸ De même, il est requis des prestataires de commerce en ligne qui ont pris l'engagement de recourir à une ou plusieurs entités de REL ou qui sont tenus d'y recourir, d'informer les consommateurs de l'existence de la plateforme de RLL et de la possibilité d'y recourir pour régler leurs litiges. Dans ce cadre, ils fournissent un lien électronique vers la plateforme de RLL sur leur site internet et, si l'offre est faite par courrier électronique, dans ce courrier électronique. Ces informations sont aussi fournies, le cas échéant, dans les conditions générales applicables aux contrats de vente et de service en ligne.

⁸⁹ Art. VI.46, § 1^{er}, du C.D.E.

Conformément à la directive sur les droits des consommateurs, le livre VI impose des modalités formelles complémentaires dans les contrats conclus à distance et par voie électronique, spécialement lorsqu'une obligation de paiement repose sur le consommateur. Il est ainsi requis que le consommateur soit informé des principales caractéristiques du bien ou du service, du prix, de la durée du contrat et de la durée des obligations minimales qui s'imposent à lui au titre du contrat et ce, d'une manière claire et apparente, avant de passer sa commande⁹⁰. De même, « l'entreprise veille à ce que le consommateur, lorsqu'il passe sa commande, reconnaisse explicitement que celle-ci implique une obligation de payer. Si, pour passer une commande, il faut activer un bouton ou une fonction similaire, le bouton ou la fonction similaire porte uniquement la mention facilement lisible « commande avec obligation de paiement » ou une formule analogue, dénuée d'ambiguïté, indiquant que passer la commande oblige à payer l'entreprise. Si l'entreprise ne respecte pas le présent alinéa, le consommateur n'est pas lié par le contrat ou par la commande ». Enfin, des obligations d'information relatives aux éventuelles restrictions de livraison et aux moyens de paiement acceptés par le professionnel sont imposées aux sites de commerce électronique et ce, au plus tard au début du processus de commande⁹¹.

Quant au livre XII du C.D.E., il impose la communication d'informations avant que le destinataire du service ne passe commande par voie électronique. Elles concernent « 1° les langues proposées pour la conclusion du contrat ; 2° les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat ; 3° les moyens techniques pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée ; 4° [la question de savoir] si le contrat une fois conclu est archivé ou non par le prestataire de services et s'il est accessible ou non » (art. XII.7, § 1^{er}, du C.D.E.). Sur le plan formel, les informations doivent être formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque.

Enfin, des informations doivent être confirmées *après* la conclusion du contrat : il est ainsi requis de l'entreprise qu'elle fournisse une confirmation du contrat conclu sur un support durable, comprenant les informations visées à l'article VI.45, § 1^{er} (sauf si l'entreprise a déjà fourni ces informations au consommateur sur un support durable avant la conclusion du contrat à distance)⁹². Cette confirmation doit intervenir « dans un délai raisonnable après la conclusion du contrat et, au plus tard,

⁹⁰ Art. VI.46, § 2, du C.D.E.

⁹¹ Art. VI.46, § 3, du C.D.E.

⁹² Art. VI.46, § 7, du C.D.E.

au moment de la livraison du bien ou avant l'exécution du contrat de service »⁹³.

En outre, conformément à l'article XII.9 du C.D.E., le prestataire doit accuser réception de la commande sans délai injustifié et par voie électronique. Cet accusé de réception doit contenir un récapitulatif de la commande.

L'exigence d'une « fourniture » des informations sur un « support durable », telle que requise par l'article VI.46, § 7, du C.D.E., doit être bien comprise.

S'agissant de la « fourniture » des informations, on peut déduire des termes utilisés que le consommateur doit avoir la possibilité de conserver une attitude passive⁹⁴ : autrement dit, il ne doit effectuer aucune démarche particulière en vue de prendre connaissance de l'information. Parallèlement, les termes indiquent, dans le chef du professionnel, un comportement actif qui ne peut se réduire à une simple mise à disposition des informations. Dans l'arrêt *Content Services*, la Cour de justice a décidé que « lorsque les informations qui se trouvent sur le site Internet du vendeur ne sont rendues accessibles que par un lien communiqué au consommateur, ces informations ne sont ni « fournies » à ce consommateur ni « reçues » par celui-ci au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 97/7 » (point 37 de l'arrêt).

Quant au support durable, il désigne « tout instrument permettant au consommateur ou à l'entreprise de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées »⁹⁵. Il ressort de cette définition que le support durable doit remplir trois fonctions⁹⁶, à l'instar de l'écrit (ou du papier dans l'environnement traditionnel) : garantir la lisibilité, la pérennité et, même si c'est plus controversé, l'intégrité de l'information. Il constitue donc un équivalent fonctionnel de l'écrit. Comme l'a indiqué la Cour de justice dans l'arrêt *Content Services*⁹⁷, à propos de l'alternative entre l'écrit et le support durable, « le législateur de l'Union a prévu deux solutions

⁹³ Art. VI.46, § 7, du C.D.E.

⁹⁴ Voy. C.J.U.E., 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd*, point 33. Voy. aussi C.J.U.E., 25 janvier 2017, aff. C-375/15, *Bawag*.

⁹⁵ Art. I.8, 19°, du C.D.E.

⁹⁶ Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 367 et s., n° 278.

⁹⁷ C.J.U.E., 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd*. Voy. aussi C.J.U.E., 25 janvier 2017, aff. C-375/15, *Bawag*.

fonctionnellement équivalentes et, ainsi, une exigence d'équivalence de tels supports. Dans ces conditions [...], un substitut au support papier peut être considéré comme étant susceptible de correspondre aux exigences de protection du consommateur dans le contexte des nouvelles technologies à condition qu'il remplisse les mêmes fonctions que le support papier » (points 40 et 41 de l'arrêt).

Le considérant n° 23 de la directive sur les droits des consommateurs donne des exemples de procédés susceptibles d'être qualifiés de supports durables. Sont ainsi mentionnés « le papier, les clés USB, les CD-Rom, les DVD, les cartes à mémoire ou les disques dur d'ordinateur ainsi que les courriels ». Plus discutée est la question de savoir si une page web répond, ou pas, à la définition fonctionnelle du support durable. Dans l'arrêt *Content Services*, la Cour de justice a ainsi jugé qu'« il ne ressort pas du dossier que le site Internet du vendeur auquel renvoie le lien indiqué au consommateur permet à ce dernier de stocker des informations qui lui sont personnellement adressées de manière telle qu'il puisse y accéder et les reproduire telles quelles pendant une durée appropriée en dehors de toute possibilité de modification unilatérale de leur contenu par le vendeur » (point 46). L'exigence du support durable n'est donc pas respectée en l'espèce.

Il résulte de ce qui précède que le prestataire ne respecte pas son obligation d'information s'il se limite à rendre ses conditions contractuelles accessibles sur son site internet (ou la version mobile de celui-ci) ou sur son application, que le consommateur a téléchargée sur son smartphone. Un lien hypertexte dans le courriel de confirmation, renvoyant vers ces conditions, est également insuffisant. Aussi faut-il recommander au prestataire de joindre les conditions contractuelles, au format pdf par exemple, au courriel de confirmation transmis au consommateur.

Cela permet du reste de respecter l'exigence figurant à l'article XII.7, § 2, du C.D.E., aux termes duquel « les clauses contractuelles et les conditions générales communiquées au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire ». On considère généralement que ces fonctions sont garanties et le prescrit légal respecté si les informations accessibles à travers un site web peuvent être imprimées ou enregistrées sur le disque dur de l'internaute⁹⁸. Lorsque le consommateur utilise un appareil mobile, il pourra rencontrer des difficultés au moment d'imprimer un document ou de l'enregistrer (même si, techniquement, cela reste possible). En lui transmettant un courriel comportant, en pièce jointe, les conditions contractuelles, il lui sera plus facile de les imprimer

⁹⁸ En ce sens, E. MONTERO, M. DEMOULIN et Ch. LAZARO, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », *J.T.*, 2004, p. 89.

ou de les enregistrer, en consultant le message au moyen d'un autre appareil (son ordinateur portable, par exemple).

19. Identification et correction des erreurs. L'article XII.8 du C.D.E. exige du prestataire qu'il mette en place, avant la passation de la commande, des moyens techniques appropriés permettant au destinataire du service d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les identifier.

Il peut par exemple s'agir de mécanismes qui attirent l'attention de l'internaute sur les champs du formulaire de demande qui n'auraient pas été correctement complétés. Un récapitulatif de la commande, à contrôler et valider par le client pour finaliser le processus de conclusion du contrat, permet également d'atteindre l'objectif voulu par le législateur.

Par ailleurs, on rappelle que des informations doivent être données sur l'existence de tels moyens

20. Droit de rétractation. Pour protéger le consentement du consommateur dans les contrats à distance, un droit de rétractation lui est octroyé. Le consommateur dispose d'un délai de 14 jours calendrier pour se rétracter, sans avoir à motiver sa décision et « sans encourir d'autres coûts que ceux prévus à l'article VI.50, § 2, et à l'article VI.51 »⁹⁹. Le point de départ est fixé au « jour où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur et désigné par le consommateur prend physiquement possession du bien »¹⁰⁰. Pour les contrats de service, c'est le jour de la conclusion du contrat qui est pris en compte. La prestation de service¹⁰¹ peut commencer avant la fin du délai de rétractation mais, dans ce cas, une demande expresse du consommateur est requise¹⁰².

L'effectivité du droit de rétractation est subordonnée à la connaissance, par le consommateur, de l'existence (ou de l'absence) d'un tel droit et de la manière de l'exercer. Plusieurs obligations d'information concernent ainsi le droit de rétractation¹⁰³. Pour faciliter la tâche des entreprises (et, partant, renforcer la protection du consommateur), un formulaire contenant les informations standardisées est annexé au livre VI. À cet égard, après avoir

⁹⁹ Art. VI.47, § 1^{er}, du C.D.E.

¹⁰⁰ Art. VI.47, § 2, du C.D.E. Le livre VI envisage également certaines hypothèses spécifiques, telles que les biens multiples commandés par le consommateur dans une seule commande et livrés séparément, la livraison d'un bien composé de lots ou de pièces multiples et les contrats portant sur la livraison régulière de biens pendant une période de temps définie.

¹⁰¹ Ou la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ou de chauffage urbain.

¹⁰² Art. VI.46, § 8, du C.D.E.

¹⁰³ Art. VI. 45, § 1^{er}, 8°-11°, du C.D.E.

rappelé que les informations pouvaient être fournies au moyen des informations standardisées figurant sur le modèle visé à l'annexe 1, il est expressément stipulé que « l'entreprise a respecté les obligations d'information énoncées aux points précités du paragraphe 1^{er}, 8°, 9° et 10°, si elle a fourni lesdites informations au consommateur, correctement complétées »¹⁰⁴.

S'il souhaite exercer son droit de rétractation, le consommateur doit informer l'entreprise avant l'expiration du délai prévu par la loi¹⁰⁵. Une nouvelle fois, le législateur est soucieux de faciliter la tâche du professionnel puisque celui-ci peut proposer au consommateur l'utilisation du formulaire de rétractation figurant à l'annexe 2 du livre VI. Il est également loisible au consommateur « de faire une autre déclaration dénuée d'ambiguïté exposant sa décision de se rétracter du contrat ». Ces modes de communication peuvent également être proposés en ligne, à travers le site internet du professionnel. Dans ce cas, l'entreprise a cependant l'obligation d'accuser réception de la rétractation sur un support durable.

L'entreprise doit rembourser le consommateur des paiements qu'elle a reçus (en ce compris les frais de livraison¹⁰⁶ standard¹⁰⁷) sans retard excessif et au plus tard « dans les quatorze jours suivant celui où elle est informée de la décision du consommateur de se rétracter du contrat »¹⁰⁸. Dans ce cadre, elle doit normalement utiliser le même moyen de paiement que celui utilisé par le consommateur. Le professionnel pourrait craindre de rembourser le consommateur avant d'avoir reçu le bien en retour (et d'avoir contrôlé son état). Pour répondre à cette préoccupation, le livre VI l'autorise, dans le cas de la vente, « à différer le remboursement jusqu'à récupération des biens ou jusqu'à ce que le consommateur ait fourni la preuve d'expédition des biens, la date retenue étant celle du premier de ces faits »¹⁰⁹.

L'obligation principale qui repose sur le consommateur en cas d'exercice du droit de rétractation est de renvoyer le bien (sauf si l'entreprise propose

¹⁰⁴ Art. VI.45, § 3, du C.D.E.

¹⁰⁵ Art. VI.49 du C.D.E. Plus précisément, la communication doit être adressée à l'entreprise pendant ce délai. Peu importe, dès lors, si elle lui parvient ultérieurement.

¹⁰⁶ La question de savoir si une entreprise de vente par correspondance pouvait imputer au consommateur un forfait de 4,95 EUR pour les frais d'expédition et conserver ce montant même si le droit de rétractation était exercé a été posée à la Cour de justice (C.J.U.E., 15 avril 2010, aff. C-511/08, *Heine*). Elle a répondu par la négative et rappelé dans ce cadre les objectifs poursuivis par le législateur en limitant les frais imputables au consommateur : il faut en effet éviter que celui-ci hésite à exercer son droit de rétractation (points 54 à 56 de l'arrêt).

¹⁰⁷ Art. VI.50, § 2, du C.D.E.

¹⁰⁸ Art. VI.50, § 1^{er}, du C.D.E.

¹⁰⁹ Art. VI.50, § 3, du C.D.E.

de les récupérer elle-même)¹¹⁰. Il doit le faire sans retard excessif et au plus tard dans les quatorze jours qui suivent sa décision de se rétracter.

En matière de prestation de service (ou pour la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ou de chauffage urbain), lorsque le consommateur a demandé expressément que le service commence avant la fin du délai de rétractation, il ne perd pas pour autant ce droit, mais peut être tenu de payer une indemnité à l'entreprise. Aux termes de l'article VI.51, § 3, « il paie à l'entreprise un montant qui est proportionnel à ce qui a été fourni jusqu'au moment où il a informé l'entreprise de l'exercice du droit de rétractation par rapport à l'ensemble des prestations prévues par le contrat. Le montant proportionnel à payer par le consommateur à l'entreprise est calculé sur la base du prix total convenu dans le contrat. Si le prix total est excessif, le montant approprié est calculé sur la base de la valeur marchande de ce qui a été fourni ». Aucun coût ne peut par contre lui être imputé s'il apparaît que l'entreprise ne lui a pas fourni certaines informations sur le droit de rétractation (visées à l'art. VI.45, § 1^{er}, 8^o ou 10^o) ou si le consommateur « n'a pas expressément demandé que l'exécution commence pendant le délai de rétractation en application de l'article VI.46, § 8 »¹¹¹.

La question se pose de savoir ce que le consommateur est autorisé à faire avec le bien pendant le délai de rétractation (et, accessoirement, si une indemnité compensatrice peut lui être imposée). Le livre VI stipule à cet égard que « la responsabilité du consommateur n'est engagée qu'à l'égard de la dépréciation des biens résultant de manipulations des biens autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens »¹¹².

Le livre VI contient une liste de treize hypothèses dans lesquelles aucun droit de rétractation n'est octroyé au consommateur¹¹³. Plusieurs d'entre elles figuraient déjà dans la législation précédente¹¹⁴. D'autres sont nouvelles (ou ont subi des modifications). On songe par exemple aux « contrats de service après que le service a été pleinement exécuté si l'exécution a commencé avec l'accord préalable exprès du consommateur, lequel a également reconnu qu'il perdra son droit de rétractation une fois que le contrat aura été pleinement exécuté par l'entreprise », à « la

¹¹⁰ Art. VI.51, § 1^{er}, du C.D.E.

¹¹¹ Art. VI.51, § 4, du C.D.E.

¹¹² Art. VI.51, § 2 du C.D.E. On peut ég. se référer à la jurisprudence de la Cour de justice (C.J.C.E., 3 septembre 2009, aff. C-489/07, *Messner*. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. H. JACQUEMIN, « Arrêt 'Messner' : l'indemnité compensatrice parfois réclamée au consommateur en cas de rétractation dans un contrat à distance », *J.D.E.*, 2009, pp. 273-277).

¹¹³ Art. VI.53 du C.D.E.

¹¹⁴ Voy. par ex. l'art. VI.53, 3^o, 9^o et 10^o, du C.D.E.

fourniture de biens scellés ne pouvant être renvoyés pour des raisons de protection de la santé ou d'hygiène et qui ont été descellés par le consommateur après la livraison » ou à « la prestation de services d'hébergement, autres qu'à des fins résidentielles, de transport, de location de voiture, de restauration ou de services liés à des activités de loisir si le contrat prévoit une date ou une période d'exécution spécifique ».

§ 3. Mesures spécifiques justifiées par l'objet – numérique – du contrat

21. Notion de « contenu numérique ». Désormais, un grand nombre de transactions ont pour objet des films, de la musique, des jeux vidéo, des logiciels, des applications ou des livres numériques. Ceux-ci peuvent être acquis par leur destinataire moyennant la délivrance d'un support physique (CR-ROM, DVD, ...), dans un magasin traditionnel ou par la poste, mais également *online*, à l'issue d'une opération de téléchargement, par exemple. Il est également possible que ces contenus soient exécutés directement en ligne : *software-as-a-service* dans le contexte du *cloud computing*, film visionné par *streaming*, réseau social accessible sur une page internet ou à travers une application mobile, etc.

Eu égard aux enjeux posés par ces « contenus numériques », spécialement en termes de protection du consommateur, le législateur européen est intervenu en vue d'encadrer leur fourniture. Plus précisément, il renforce l'obligation d'information (*infra*, n° 22), tout en modalisant l'exercice du droit de rétractation (*infra*, n° 23)¹¹⁵.

La notion de « contenu numérique » désigne « les données produites et fournies sous forme numérique »¹¹⁶. Ce faisant, le législateur belge transpose fidèlement la directive sur les droits des consommateurs¹¹⁷.

Des exemples sont donnés au considérant n° 19 de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs¹¹⁸. Sont ainsi visés « les programmes informatiques, les applications, les jeux, la musique, les vidéos ou les textes, que l'accès à ces données ait lieu au moyen du téléchargement ou du streaming, depuis un support matériel ou par tout autre moyen ».

¹¹⁵ À ce sujet, voy. H. JACQUEMIN, « La protection du consommateur de contenus numériques », *D.C.C.R.*, 2015, pp. 5-33.

¹¹⁶ Art. I.8, 35°, du C.D.E.

¹¹⁷ Art. 2, 11°, de la directive.

¹¹⁸ Et sont par ailleurs repris dans les travaux préparatoires de la loi belge (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 53-3018/001, p. 16).

22. Obligations d'information renforcées. Lorsqu'un contrat a pour objet des contenus numériques, des informations spécifiques doivent être fournies par l'entreprise au consommateur. Elles sont requises en matière de contrats à distance¹¹⁹, de contrats hors établissement¹²⁰ et, de manière générale, pour tout autre contrat que ceux-ci¹²¹.

L'information porte d'abord sur les « fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection technique applicables ». Suivant le contenu concerné, les fonctionnalités peuvent viser la langue de celui-ci, la manière de le fournir au consommateur (par *streaming*, téléchargement, etc.), la durée (pour un film par exemple), la taille (pour des fichiers) ou toute limitation concernant l'utilisation (avec l'exigence de paiements additionnels pour bénéficier d'éléments du contenu, par exemple)¹²². L'information concerne également « toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels et autres services dont l'entreprise a ou devrait raisonnablement avoir connaissance ». Sur ce point, le considérant n° 19 de la directive sur les droits des consommateurs indique qu'« on entend les informations relatives au matériel standard et à l'environnement logiciel avec lesquels le contenu numérique est compatible, par exemple le système d'exploitation, la version nécessaire et certaines caractéristiques de matériel »¹²³.

Dans ses *Guidelines*, la Commission UE donne utilement des exemples de la manière dont ces informations peuvent être fournies, sur un site internet ou avec un *smartphone*¹²⁴.

23. Modalisation du droit de rétractation en matière de contrats à distance. À l'instar de la directive sur les droits des consommateurs, l'article VI.47, § 1^{er}, du C.D.E. énonce le principe suivant lequel le consommateur dispose d'un délai de 14 jours pour se rétracter d'un contrat à distance.

¹¹⁹ Art. VI.45, 18° et 19°, du C.D.E. du 11 avril 2018.

¹²⁰ Art. VI.67, 17° et 18°, du C.D.E.

¹²¹ Art. VI.2, 8° et 9°, du C.D.E.

¹²² À ce sujet, voy. Commission UE, *DG Justice Guidance document concerning Directive 2011/83/EU...*, *op. cit.*, pp. 67-68.

¹²³ On peut aussi mentionner les travaux préparatoires de la loi belge, qui indiquent qu'« on vise ici l'information à fournir au consommateur concernant, par exemple, la compatibilité entre des programmes et des logiciels ; l'utilisation exclusive de tel logiciel pour faire fonctionner le programme, etc. » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 53-3018/001, p. 34).

¹²⁴ Commission UE, *DG Justice Guidance document concerning Directive 2011/83/EU...*, *op. cit.*, pp. 69 et s.

Pour le point de départ du délai, cette disposition fait référence aux notions de « contrat de vente » et de « contrat de service ». La directive traite quant à elle de l'hypothèse du « contrat portant sur la fourniture de contenu numérique non fourni sur un support matériel ».

Aussi faut-il faire une distinction suivant que le contenu numérique est fourni sur un support matériel ou pas, tout en tenant compte du fait que l'exécution du contrat a commencé (ou pas).

Eu égard aux particularités des contenus numériques (musique, films, jeux vidéo, etc.), on conçoit sans peine que le mécanisme du droit de rétractation est nettement moins efficient que pour les biens traditionnels (et qu'en général, il restera très théorique). Sans téléchargement, même partiel, du morceau de musique, le consommateur ne peut pas apprécier correctement si son consentement a été donné en pleine connaissance de cause. D'un autre côté, si l'exécution du contrat commence et que la musique est téléchargée sur l'appareil mobile du consommateur, les intérêts de l'entreprise seront probablement méconnus puisque, si le droit de rétractation est exercé, l'entreprise devrait normalement rembourser le consommateur sans avoir la garantie qu'il a supprimé le contenu. Sans réelle surprise, et avec raison, le législateur a privilégié les intérêts des entreprises en privant le consommateur de droit de rétractation dans ce cas de figure.

Aussi longtemps que l'exécution du contrat n'a pas commencé, le consommateur possède un droit de rétractation – plus théorique que pratique... – de 14 jours, comme pour les contrats de vente et les contrats de service (le dernier album a été commandé et payé mais la musique n'est pas encore téléchargée). Pour les contenus numériques non fournis sur un support matériel, la directive sur les droits des consommateurs prévoit expressément que ce délai commence à courir du jour de la conclusion du contrat (comme pour les contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz et d'électricité lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ainsi que de chauffage urbain)¹²⁵. L'article VI.47, § 1^{er}, 3^o, du Code reprend les termes de la directive pour ces autres contrats, mais ne mentionne pas les contenus numériques. On comprend que cet « oubli » du législateur belge est justifié par le fait qu'il considère, à tort, que le contrat portant sur un contenu numérique non fourni sur un support matériel est un contrat de service¹²⁶. Le régime du

¹²⁵ Art. 9 (2) c), de la directive sur les droits des consommateurs.

¹²⁶ Suivant le considérant n° 19 de la directive sur les droits des consommateurs, « de même que les contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ou les contrats portant sur la fourniture de chauffage urbain, les contrats relatifs à des contenus numériques

droit de rétractation n'est toutefois pas affecté puisque, pour les services, le point de départ est également fixé au moment de la conclusion du contrat. Le contenu numérique fourni sur un support matériel – le film fourni sur un DVD – est assimilé à un bien¹²⁷. Le contrat portant sur celui-ci est donc qualifié de « contrat de vente ». Dans ce cas, le délai de rétractation commence à courir au moment où le consommateur prend physiquement possession du bien¹²⁸.

Dans la majorité des cas, le consommateur voudra profiter immédiatement du contenu numérique mis à sa disposition (regarder le film, jouer au jeu vidéo, télécharger l'application sur son smartphone, etc.). Il souhaitera donc que *l'exécution du contrat commence immédiatement (et en tout cas, avant la fin du délai de rétractation)*, ce qui aura pour conséquence de le priver de son droit de rétractation. S'il s'agit d'un contenu numérique *qui n'est pas fourni sur un support matériel*, l'hypothèse est prévue à l'article VI.53, 13°, du C.D.E. : « le consommateur ne peut exercer le droit de rétractation prévu à l'article VI.47, pour [...] la fourniture d'un contenu numérique non fourni sur un support matériel si l'exécution a commencé avec l'accord préalable exprès du consommateur, lequel a également reconnu qu'il perdra ainsi son droit de rétractation ».

Pour « compenser » cette perte du droit de rétractation, le législateur exige que deux conditions complémentaires soient satisfaites avant la conclusion du contrat : (1) le consommateur doit donner un accord préalable et exprès à l'exécution du contrat et (2) il doit reconnaître que ce faisant, il perd son droit de rétractation ». Après la conclusion du contrat, il est également requis que l'entreprise fournisse au consommateur la confirmation du contrat conclu, sur un support durable, et que cette confirmation contienne, outre les informations visées à l'article VI.45 (sauf exception), « la confirmation de l'accord préalable exprès et la

non fournis sur un support matériel ne devraient être qualifiés, aux fins de la présente directive, ni comme contrats de vente ni comme contrats de service ». Il y aurait ainsi quatre sortes de contrats régis par la directive sur les droits des consommateurs : le contrat de vente, le contrat de service, le contrat portant sur la fourniture de service d'intérêt public et le contrat portant sur la fourniture de contenu numérique non fourni sur un support matériel. Par contre, telle n'est pas la compréhension du législateur belge : les travaux préparatoires de la loi de transposition indiquent en effet que « la fourniture de contenu numérique doit être considérée comme un contrat de vente de bien si le contenu numérique est fourni sur un support matériel, tel qu'un CD ou un DVD. Elle doit par contre être considérée comme un contrat de service si le contenu numérique n'est pas fourni sur un tel support matériel » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 53-3018/001, p. 16).

¹²⁷ Voy. en ce sens le cons. n° 19 de la directive sur les droits des consommateurs : « si le contenu numérique est fourni sur un support matériel, tel qu'un CD ou un DVD, il devrait être considéré comme un bien au sens de la présente directive ».

¹²⁸ Art. VI.47, § 2, 2°, du C.D.E.

reconnaissance par le consommateur conformément à l'article VI.53, 13° » (art. VI.47, § 7, du C.D.E.). À défaut, une sanction spécifique est prévue. Suivant l'article VI.51, § 4, 2°, du C.D.E., le consommateur n'est redevable d'aucun coût lorsque « a) [il] n'a pas donné son accord préalable exprès pour que l'exécution commence avant la fin du délai de 14 jours visé à l'article VI.47 ; ou b) [il] n'a pas reconnu perdre son droit de rétractation en donnant son accord ; ou c) l'entreprise a omis de fournir une confirmation conformément à l'article VI.46, § 7 ». Tenant compte de cette sanction potentielle (et des risques qui en résultent), il est recommandé aux entreprises de mettre en place, dans le tunnel contractuel, les procédures garantissant que les exigences ont bien été observées, spécialement avant la conclusion du contrat. En pratique, la meilleure manière de faire, pour l'entreprise, consiste à ajouter une case à cocher à l'issue du processus de commande (et juste avant la validation de celle-ci¹²⁹), assortie de la mention suivant laquelle : « *j'accepte que l'exécution du contrat commence dès la validation de la commande et reconnais que, ce faisant, je perds mon droit de rétractation* ». Cette manière de faire est toutefois assez lourde et sera généralement accueillie avec peu d'enthousiasme par les commerciaux chargés de concevoir la plateforme... Une « simple » acceptation des conditions générales – par une case à cocher spécifique – contenant la clause requise, perdue au milieu des autres dispositions contractuelles, ne nous paraît pas suffisante pour répondre à l'exigence de l'accord exprès. La *ratio legis* commande en effet de mettre l'accent sur la clause, de sorte que le consommateur comprenne précisément sa portée et les conséquences susceptibles d'en résulter. Il nous paraît par contre acceptable de faire apparaître la clause, de manière bien visible, au moment du récapitulatif de la commande, et de rédiger celle-ci de manière telle que le consommateur soit bien conscient qu'en cliquant sur le bouton suivant lequel il valide l'achat, il donne également son accord à ce propos.

S'agissant par contre d'un *contenu numérique fourni sur un support matériel*, il faudra tenir compte d'une autre exception au droit de rétractation concernant « la fourniture d'enregistrements audio ou vidéo scellés ou de logiciels informatiques scellés et qui ont été descellés après livraison »¹³⁰. La pratique est bien connue, et du reste utilisée depuis de nombreuses années : si le consommateur brise le film plastique qui entoure l'emballage du DVD ou du CD-ROM, il perd son droit de rétractation. À partir de ce moment, il est en effet impossible à l'entreprise de savoir si le consom-

¹²⁹ Elle peut par exemple figurer dans le récapitulatif de la commande, à l'endroit où le consommateur doit par ailleurs cocher les cases suivant lesquelles il a lu et accepte les conditions générales d'utilisation et la charte vie privée.

¹³⁰ Art. VI.53, 9°, du C.D.E.

mateur a conservé une copie du contenu ou l'a utilisé au-delà que ce qui est raisonnablement permis pour garantir un consentement éclairé. Si les entreprises veillent généralement à informer le consommateur des conséquences du descellement après livraison, on observe que, contrairement aux contenus numériques non fournis sur un support matériel, aucune obligation spécifique d'information n'est imposée, ni *a fortiori* de sanction prévue en cas de non-respect. C'est d'après nous une différence de traitement potentiellement contraire au principe d'égalité et de non-discrimination (art. 10-11 Const.).

24. Quid des autres aspects contractuels ? On peut regretter que les dispositions actuellement applicables aux contenus numériques se bornent à imposer une obligation d'information et à modéliser le droit de rétractation.

La proposition de directive sur certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique est à cet égard nettement plus aboutie, puisqu'elle traite notamment de la conformité du contenu numérique avec le contrat, de la responsabilité du fournisseur et des modes de dédommagement prévus en cas de défaut de fourniture ou de non-conformité avec le contrat. La résiliation du contrat est également envisagée, avec la possibilité, le cas échéant, de récupérer le contenu numérique ou les données produites ou générées suite à l'utilisation dudit contenu.

Ces propositions vont assurément dans le sens d'un niveau de protection plus élevé dans le chef du consommateur. Encore faut-il veiller, parallèlement, à ce que les obligations imposées aux entreprises restent acceptables et raisonnables, d'un point de vue business. On verra dans les prochains mois si un accord peut être trouvé au sein des instances européennes, pour adopter la proposition.

25. L'application d'intelligence artificielle ou le robot comme objet du contrat. Les fonctionnalités du robot ou de l'application d'intelligence artificielle peuvent être extrêmement variées et engendrer des risques pour les utilisateurs.

Le cas échéant, il faut avoir égard, le cas échéant, aux dispositions légales ou réglementaires relatives à la sécurité des produits et des services. Ainsi, l'article IX.2 du C.D.E. impose aux producteurs « de ne mettre sur le marché que des produits sûrs et d'offrir exclusivement des services sûrs »¹³¹. Au sens de ce livre IX, la notion de « produit » est définie de manière restrictive – par rapport à la définition générale de l'article I.1, 4°,

¹³¹ Pour un aperçu de la réglementation relative à la sécurité des produits et services, voy. http://economie.fgov.be/fr/entreprises/securite_produits_et_services/#.WcE3FeRrZDc.

du C.D.E. – puisque seuls les biens meubles corporels sont visés. Certains robots pourraient donc être concernés, s’agissant par exemple de jouets¹³² ou de machines¹³³. Aussi incombera-t-il aux opérateurs économiques de s’assurer du respect des normes prescrites, spécialement en termes de sécurité, de traçabilité et de transparence.

Concernant la normalisation, on aura aussi égard à la Résolution du Parlement européen du 16 février 2017, qui « souligne que la question de l’élaboration de normes et de l’octroi de l’interopérabilité est cruciale pour la concurrence future dans le domaine des technologies de l’intelligence artificielle et de la robotique; demande à la Commission de poursuivre ses travaux relatifs à l’harmonisation des normes techniques au niveau international, notamment en coopération avec les organismes européens de normalisation et l’Organisation internationale de normalisation, afin de favoriser l’innovation, d’éviter le morcellement du marché intérieur et de garantir un niveau élevé de sécurité des produits et de protection des consommateurs, y compris en définissant, le cas échéant, un socle minimal de normes de sécurité sur le lieu de travail; souligne l’importance de la rétro-ingénierie licite et des normes ouvertes pour optimiser la valeur de l’innovation et faire en sorte que les robots puissent communiquer entre eux; salue, à cet égard, la mise en place de comités techniques spéciaux, tels que le comité ISO/TC 299 Robotique, consacrés exclusivement à l’élaboration de normes dans le domaine de la robotique »¹³⁴.

Le non-respect de ces normes légales ou techniques pourra, le cas échéant, avoir une incidence au moment d’apprécier la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle du producteur ou de toute entreprise concourant à mettre le produit sur le marché.

SECTION 3. – Les nouveaux défis de l’économie électronique

26. Défis de l’économie électronique. Les défis de l’économie électronique sont nombreux, spécialement en termes de protection du consommateur.

¹³² A.R. du 19 janvier 2011 relatif à la sécurité des jouets, *M.B.*, 10 février 2011.

¹³³ A.R. du 12 août 2008 concernant la mise sur le marché de machines, *M.B.*, 1^{er} octobre 2008.

¹³⁴ Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique, 2015/2103 (INL), point 22.

Certains d'entre eux ont déjà été abordés, comme les « contenus numériques » ou, suivant la nouvelle notion introduite par la proposition de directive du 11 avril 2018, les « services numériques » (*supra*, n^{os} 21 et s.). On espère par ailleurs que la proposition directive sur les contrats de fourniture de contenus numériques pourra aboutir, de manière à mettre en place un cadre normatif complet en la matière (et qui ne se limite pas à l'introduction d'une obligation d'information et d'un droit de rétractation).

Dans cette section, nous examinons la protection du consommateur sur les plateformes de l'économie collaborative (§ 1) et dans les hypothèses d'automatisation de certaines étapes du processus contractuel, par le recours à des applications d'intelligence artificielle ou des *smart contracts* (§ 2).

La question de la sanction susceptible d'être appliquée en cas de non-respect des règles de protection des consommateurs aurait également pu être abordée. Il s'agit en effet d'une mesure qui participe de l'efficacité de la règle de droit¹³⁵. L'analyse ne se limite toutefois pas à l'environnement numérique. À cet égard, il est intéressant de noter que la proposition de directive du 11 avril 2018 renforce le dispositif actuel en la matière : dans la directive 2005/29/CE (nouvel art. 11*bis*), la réparation du préjudice subi par le consommateur est expressément visée. En outre, la possibilité d'infliger une amende est mentionnée, de même que les critères à prendre à considération (nouvel art. 13 de la directive 2005/29/CE et nouvel art. 24 de la directive 2011/83/UE). Il est d'ailleurs prévu que « les États membres veillent à ce que les sanctions applicables aux infractions de grande ampleur et aux infractions de grande ampleur à l'échelle de l'Union au sens du règlement (UE) n° 2017/2934 comprennent la possibilité d'infliger des amendes dont le montant maximal correspond à au moins 4 % du chiffre d'affaires annuel du professionnel dans l'État membre ou les États membres concernés ».

§ 1. La protection du consommateur sur les plateformes de l'économie collaborative

27. Relation triangulaire. Le phénomène de l'économie collaborative continue de croître, sous diverses formes et dans de nombreux secteurs. Les plus connus portent sur le transport de personnes (avec Uber, par

¹³⁵ Pour des réflexions en ce sens, voy. H. JACQUEMIN et E. DE DUVE, « L'information pré-contractuelle et contractuelle des consommateurs », *Contrats et protection des consommateurs*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 9 et s.

exemple), la location de logements de courte durée (avec Airbnb, par exemple), la vente de biens de seconde main (avec eBay, par exemple) ou le *crowdfunding* (avec Mozenno, par exemple).

Le modèle met généralement en présence trois principaux acteurs : la plateforme, le fournisseur du produit et le destinataire de celui-ci. Si la plateforme intervient normalement à des fins professionnelles, les deux autres acteurs peuvent intervenir en qualité de professionnels ou de consommateurs, dans le cadre de relations B2B, B2C, C2B ou C2C.

En termes de protection du consommateur, on peut identifier deux difficultés majeures : les mesures de protection ne s'appliquent pas lorsque la relation est nouée entre deux consommateurs (*infra*, n° 28) et les obligations de la plateforme à l'égard de ses utilisateurs, telles que prévues par les dispositions légales ou réglementaires à respecter, restent globalement très faibles (*infra*, n° 29).

28. Protection du consommateur dans les relations C2C nouées à travers la plateforme. L'analyse du domaine d'application des législations de protection du consommateur (*supra*, n°s 15 et s.) a montré que les mesures de protection prescrites par celles-ci n'étaient pas applicables dans les relations nouées entre deux consommateurs. C'est le cas des règles spécifiques sur les contrats à distance (livre VI du C.D.E.), des obligations d'information et de transparence prévues par le livre XII du Code de droit économique, ainsi que, de manière générale, des normes transversales de protection du consommateur interdisant les clauses abusives ou les pratiques commerciales déloyales à l'égard du consommateur.

Le constat surprend guère : il eût été contestable d'imposer à un consommateur – fournisseur du produit – de lourdes obligations d'information, accompagnées de règles de forme précises, voire encore la mise en place de mécanisme d'identification et de correction des erreurs. Il en résulte néanmoins une discrimination dans le chef du consommateur – destinataire du produit – puisque, s'il avait conclu le contrat, portant sur le même produit, avec une entreprise, il aurait bénéficié de ces mesures de protection. Formellement, le consommateur est supposé souffrir de la même faiblesse, justifiée par l'objet du contrat et le mode de conclusion de celui-ci, peu importe la qualité de l'autre partie.

La manière dont le domaine d'application des règles de protection du consommateur est conçu permet de déduire qu'aux yeux du législateur, le consommateur ne mérite d'être protégé que s'il contracte avec un professionnel. En effet, la faiblesse est relative : le destinataire du produit n'est faible que parce que son cocontractant est supposé fort. On ne peut raisonnablement pas exiger d'un consommateur (fournisseur) qu'il fournisse

diverses informations à un autre consommateur (destinataire) : outre qu'il est probable qu'il ignore la plupart des informations (à tout le moins celles qui portent sur des éléments de droit), ce serait créer une différence de traitement discriminatoire que de lui imposer ces obligations. On rappelle d'ailleurs que la théorie générale des contrats et des obligations reste pleinement applicable, ce qui permet de mobiliser les exigences de bonne foi (qui fondent notamment une obligation d'information au stade précontractuel), de délivrance conforme ou le régime des vices cachés, outre les remèdes susceptibles d'être invoqués en cas d'inexécution, avec ou sans le recours aux juridictions compétentes (exception d'inexécution, résolution unilatérale ou judiciaire, etc.).

29. Quid des obligations de la plateforme ? Parallèlement, il apparaît que, exception faite de certains secteurs spécialement régulés (en matière financière, par exemple), la plateforme de l'économie collaborative se voit imposer des obligations peu contraignantes. Tout au plus pourrait-on considérer qu'elle offre un service à distance (le cas échéant qualifié de « contenu numérique », ou de « service numérique », suivant la proposition de directive de la Commission d'avril 2018), ce qui l'oblige tout au plus à informer sur les seuls services d'intermédiation qu'elle fournit. En termes d'allocation juste et équilibrée des risques entre les parties impliquées, la situation est, en ce sens, difficilement justifiable : l'activité d'intermédiation menée par la plateforme lui octroie une confortable rémunération, tirée des commissions payées par l'une ou l'autre des parties, ou apportées par les revenus publicitaires ou les traitements de données des utilisateurs. Par ailleurs, cet intermédiaire veille généralement à stipuler dans ses conditions contractuelles qu'il n'est pas partie au contrat conclu entre les utilisateurs, et qu'il s'exonère de toute responsabilité susceptible de résulter d'une inexécution dudit contrat par les parties (non-paiement ; bien défectueux ; description non-conforme de la location de vacances ; etc.).

Partant du principe que des obligations additionnelles peuvent difficilement être imposées au consommateur fournisseur du produit, c'est sur la plateforme que devraient reposer ces exigences complémentaires.

On pourrait par exemple lui imposer de concevoir sa plateforme de sorte que le consommateur-vendeur fournisse les éléments essentiels au consentement de son cocontractant. Parallèlement, il faudrait également informer ce consommateur-vendeur, en particulier sur les risques encourus en procédant à ce type de transaction. Nous plaçons donc – depuis plusieurs années déjà – pour l'adoption d'un cadre normatif, au niveau européen, visant à régir l'activité de ces intermédiaires de l'internet.

Les propositions de la Commission d'avril 2018 vont en ce sens, ce dont on peut se réjouir.

Une définition de la « place de marché en ligne » est ainsi introduite dans la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs. Outre qu'elle fournit des « services numériques » au consommateur, ce qui entraîne des exigences additionnelles (peu importe, du reste, que le paiement d'un prix soit exigé), des obligations d'information spécifiques lui sont imposées. Elles figurent dans un nouvel article 6*bis* de la directive 2011/83/UE, aux termes duquel « avant que le consommateur ne soit lié par un contrat à distance, ou par une offre du même type, sur une place de marché en ligne, cette dernière doit en outre fournir les informations suivantes :

a) les principaux paramètres de classement des offres présentées au consommateur en réponse à sa requête de recherche sur la place de marché en ligne;

b) si le tiers proposant les biens, les services ou le contenu numérique est un professionnel ou non, sur la base de la déclaration de ce tiers à la place de marché en ligne;

c) si les droits des consommateurs découlant de la législation de l'Union en la matière s'appliquent ou non au contrat conclu; et

d) lorsque le contrat est conclu avec un professionnel, l'identité du professionnel chargé de garantir l'application des droits des consommateurs découlant de la législation de l'Union en la matière dans le cadre du contrat. Cette exigence est sans préjudice de la responsabilité que la place de marché en ligne peut avoir ou assumer en ce qui concerne certains éléments du contrat ».

§ 2. La protection du consommateur et l'automatisation (IA et *blockchain*)

30. Automatisation et protection du consommateur. Avec le développement croissant des applications d'intelligence artificielle¹³⁶ et des *smart contracts*¹³⁷ (fondés sur la *blockchain*), certaines étapes du processus

¹³⁶ À ce sujet, voy. H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « Aspects contractuels et de responsabilité civile en matière d'intelligence artificielle », *L'intelligence artificielle et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 73-142 ; H. JACQUEMIN, « Comment lever l'insécurité juridique engendrée par le recours à l'intelligence artificielle lors du processus de formation des contrats ? », *Droit, normes et libertés dans le cybermonde, Liber amicorum Yves Poullet*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 141-172 (certains passages qui suivent sont ainsi repris de ces publications récentes).

¹³⁷ Voy. Y. POULLET et H. JACQUEMIN, « Blockchain : une révolution pour le droit ? », *J.T.*, 2018, à paraître.

contractuel peuvent être accomplies automatiquement, sans intervention humaine systématique.

Aussi la question se pose-t-elle de la protection du consommateur dans ces hypothèses, sachant qu'à l'heure actuelle, il n'existe pas de règles spécifiques pour le protéger dans ce domaine. On verra cependant que la législation horizontale de protection des consommateurs reste pleinement applicable et peut se révéler extrêmement pertinente.

A) Intelligence artificielle

31. Intelligence artificielle et droit de la consommation. En l'absence de définition légale de l'intelligence artificielle ou du robot¹³⁸, en droit de l'Union¹³⁹ ou en droit belge, on peut opter pour une acception volontairement large, qui met l'accent sur les fonctions attendues du procédé¹⁴⁰. L'application d'intelligence artificielle intervient de manière

¹³⁸ Dans le langage courant, le terme « robot » désigne généralement l'enveloppe physique et matérielle, capable de se mouvoir dans l'espace et d'interagir avec son environnement grâce au système d'intelligence artificiel, plus ou moins développé, dont il est muni. Il peut revêtir des apparences diverses, le cas échéant proches de celles de l'être humain.

¹³⁹ Dans sa résolution du 16 février 2017, le Parlement encourage toutefois la Commission à intervenir en ce sens (Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique, 2015/2103 (INL), point 1).

¹⁴⁰ R. CALO, "Robots in American Law", Legal Studies Research Paper No 2016-04, pp. 6 et s. et R. CALO, "Robotics and the Lessons of Cyberlaw", *California Law Review*, 2015, pp. 529 et s. (« (1) a robot can sense its environment, (2) a robot has the capacity to process the information it senses, and (3) a robot is organized to act directly upon its environment », renvoyant au paradigme « sense, think, act »). Voy. aussi *Artificial Intelligence and Life in 2030, One hundred Year Study on Artificial Intelligence*, Report of the 2015 Study Panel – Stanford University, septembre 2016, pp. 18 et s. (https://ai100.stanford.edu/sites/default/files/ai_100_report_0831fnl.pdf), p. 12, qui reprend notamment la définition de N.J. NILSSON, *The Quest of Artificial Intelligence : A History of Ideas and Achievements*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010 : "Artificial Intelligence is that activity devoted to making machines intelligent, and intelligence is that quality that enables an entity to function appropriately and with foresight in its environment" ; Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique, 2015/2103 (INL), principe 1, qui pointe les caractéristiques suivantes des robots intelligents : « acquisition d'autonomie grâce à des capteurs et/ou à l'échange de données avec l'environnement (interconnectivité) et à l'échange et l'analyse de ces données ; capacité d'auto-apprentissage à travers l'expérience et les interactions (critère facultatif), existence d'une enveloppe physique, même réduite ; capacité d'adaptation de son comportement et de ses actes à son environnement ; non vivant au sens biologique du terme » ; Ch. HOLDER, V. KHURANA, F. HARISSON et L. JACOBS, "Robotics and law : Key legal and regulatory implications of the robotics age (Part I of II)", *Computer Law and Security Review*, 2016, pp. 384-385.

automatisée, voire autonome, en ce sens qu'elle est capable d'adopter un comportement déterminé, sans intervention humaine systématique lors de chaque action posée. Ce comportement est le résultat des opérations algorithmiques ou de toute autre instruction logicielle, tenant compte de l'analyse des données dont le système dispose, qu'il reçoit (dès lors qu'il est connecté) ou qu'il tire de son environnement (au moyen de capteurs, par exemple). Le système peut être doté d'une faculté d'auto-apprentissage (de type *machine learning*), qui lui permet, sur la base de son expérience, d'apprendre et de changer son comportement en conséquence¹⁴¹. Concrètement, cela signifie que les actions posées par le système ne découleront pas d'une instruction spécifique donnée en ce sens par l'homme, mais seront le résultat d'opérations algorithmiques effectués par la machine, qui lui permettent de résoudre, de manière autonome, des problèmes complexes.

On peut s'attendre à ce que le consommateur soit confronté, de plus en plus souvent, et parfois à son insu, à des robots ou des applications d'intelligence artificielle : *chatbot* sur des sites transactionnels ; véhicules autonomes ; applications domotiques dites « intelligentes » ; robo-advisors en matière d'investissements financiers ; etc.

Deux niveaux d'analyse s'imposent.

D'une part, le robot ou l'application d'intelligence artificielle peuvent constituer l'objet d'un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel (voire un autre consommateur). Tenant compte des risques susceptibles de résulter de son utilisation (par exemple, données à caractère personnel collectées à l'insu de l'utilisateur ; informations erronées fournies par l'IA, empêché un consentement libre et éclairé ; préjudices corporels subi par le conducteur ou tout autre usager de la route, suite au mauvais fonctionnement du véhicule autonome, etc.), le consommateur peut souhaiter mobiliser les règles applicables. Sur ce point, nous renvoyons à l'analyse présentée précédemment (*supra*, n° 25).

D'autre part, des applications d'intelligence artificielle peuvent être paramétrées de manière à intervenir de manière automatisée, voire autonome, à l'une ou l'autre étape du processus de formation du contrat, de la négociation à la conclusion en tant que telle (*infra*, n°s 32 et s.).

32. L'IA intervenant dans le processus contractuel. En raisonnant dans le cadre limité de la formation du contrat, on peut identifier deux risques principaux, lorsque l'application d'intelligence artificielle ou le robot intervient comme « acteur du contrat » : la personne qui utilise

¹⁴¹ Voy. H. SURDEN, « Machine Learning and Law », *Washington Law Review*, 2014, pp. 87 et s.

ou exploite la machine virtuelle pourrait contester la validité, ou la force obligatoire, du contrat conclu par ce biais (*infra*, n° 33) ; son cocontractant pourrait quant à lui se plaindre d'un manque d'information, voire de pratiques déloyales commises en marge de la conclusion du contrat par la machine (*infra*, n° 34).

33. Contestation de la validité ou la force obligatoire du contrat conclu par une IA. Des applications d'intelligence artificielle permettant d'exécuter des commandes de manière automatique, voire autonome, pourraient être mises à la disposition des consommateurs par des entreprises : il peut par exemple s'agir du vendeur de denrées alimentaires qui fournit une application identifiant les produits consommés ou qui ont atteint la date limite de consommation dans son frigo, pour les recommander automatiquement. Plus traditionnellement, la plupart des sites de commerce en ligne sont conçus de sorte que, si diverses conditions prédéfinies sont réunies (informations complètes fournies par le client, bien disponible en stock, paiement valide, etc.), une confirmation de la commande (et du contrat conclu) est automatiquement envoyée au client, sans intervention systématique d'une personne physique pour valider l'opération ; par ailleurs, le processus de livraison est initié de manière automatique.

Le cocontractant du consommateur – autrement dit, l'exploitant de l'IA – pourrait-il, dans ce cas, contester la validité du contrat conclu, sous prétexte qu'il n'aurait pas exprimé de consentement valable (absence de consentement ou consentement affecté d'un vice) ? Pour répondre à l'argument, plusieurs éléments peuvent être avancés : théorie de l'apparence, engagement conventionnel, etc. *De lege ferenda*, nous sommes également d'avis que le législateur devrait intervenir en vue d'établir une présomption suivant laquelle les actions posées par le système sont attribuées à une personne physique (agissant en son nom propre ou en tant qu'organe d'une personne morale).

Celle-ci ne devrait néanmoins s'appliquer que lorsque l'application d'intelligence artificielle est utilisée par le cocontractant du consommateur (un site de commerce en ligne, par exemple). Par contre, la présomption ne devrait pas s'appliquer lorsque c'est le consommateur qui utilise pour son compte (mais généralement sur le conseil d'un professionnel) une application d'intelligence artificielle. Autrement dit, la charge de prouver que l'acte accompli par l'application d'intelligence artificielle l'a été en son nom doit reposer sur son cocontractant. En termes de partage des risques, il nous paraît raisonnable que ce soit au professionnel de supporter la charge de prouver que l'acte doit être attribuer au consommateur, dès l'instant où il promeut l'utilisation de ce type d'outil auprès de ses clients.

Par ailleurs, des règles additionnelles devraient être adoptées pour protéger le consommateur.

Il nous paraît d'abord indispensable que le consommateur soit informé de l'intervention d'une application d'intelligence artificielle dans le processus contractuel, de sorte qu'il puisse assumer les risques éventuels et, le cas échéant, refuser de poursuivre en ce sens. De telles exigences existent déjà, notamment en matière de protection des données (en ce qui concerne les traitements automatisés). *De lege ferenda*, une obligation plus générale d'information portant sur le recours à un système automatisé, voire autonome, dans le cadre du processus contractuel, nous paraît utile.

En droit européen, la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs mobilise plusieurs mécanismes de protection au bénéfice des consommateurs – obligations d'information renforcées, exigences de forme, droit de rétractation, interdiction de certains paiements, etc. – en ce compris lorsqu'ils sont conclus à distance. Malheureusement, l'article 3 (3) (1) indique qu'elle n'est pas applicable aux contrats « conclus au moyen de distributeurs automatiques ou de sites commerciaux automatisés ». Manifestement, le législateur européen est d'avis que les contrats conclus dans ces hypothèses présentent des caractéristiques spécifiques qui empêchent de leur appliquer, purement et simplement, les règles de protection applicables aux autres types de contrats. En l'absence d'exclusion similaire en droit belge (dans le livre VI du C.D.E., par exemple), les règles de protection du consommateur doivent également s'appliquer dans ces hypothèses.

S'agissant des contrats conclus à travers les sites de commerce en ligne, un droit de rétractation sera octroyé au consommateur, ce qui permet de protéger son consentement. Si celui-ci résulte de l'intervention d'une application d'intelligence artificielle, le droit de rétractation prend tout son sens et le protège efficacement, puisqu'il a la possibilité de se délier de son engagement sans pénalité et sans indication de motif¹⁴². Tout au plus pourrait-on suggérer dans ce cas de revoir la liste des exceptions au droit de rétractation¹⁴³ dès lors qu'elles tendent à limiter sa portée.

On pointe aussi l'obligation pour le prestataire d'un service de la société de l'information de mettre en place des moyens techniques appropriés permettant d'identifier les erreurs dans la saisie des données et de les corriger¹⁴⁴. Une erreur de conception dans le système d'intelligence artificielle

¹⁴² Art. VI.47 du C.D.E.

¹⁴³ Art. VI.53 du C.D.E.

¹⁴⁴ Art. XII.8 du C.D.E. Les parties qui ne sont pas des consommateurs peuvent déroger conventionnellement à cette disposition (art. XII.10 du C.D.E.). Des informations concernant

conduisant par exemple à des commandes déraisonnables de la part du consommateur, par rapport aux transactions précédentes ou aux transactions habituelles, devrait normalement être identifiées. Le consommateur devrait ensuite avoir la possibilité de contrôler celles-ci et de les valider manuellement, le cas échéant.

34. Pratiques déloyales commises par l'entremise de l'IA. Les pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs sont interdites par les articles VI.92 et suivants du Code de droit économique. La question se pose de savoir si l'interdiction vaut également lorsque lesdites pratiques émanent d'une application d'intelligence artificielle (un *chatbot* qui donne des informations erronées au consommateur ou un système conçu pour solliciter le consommateur de manière répétée, de manière à le convaincre d'acquiescer un produit).

La pratique commerciale est définie comme « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'une entreprise, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit »¹⁴⁵.

On peut toutefois se demander si l'information trompeuse donnée par le *chatbot* au consommateur, ou la pratique agressive commise par l'application d'intelligence artificielle, répond à cette définition, plus précisément s'il s'agit d'une pratique « de la part d'une entreprise ». En effet, les outils de *machine learning* permettent à l'application d'intelligence artificielle de modifier son comportement en fonction de l'expérience acquise, de sorte que des pratiques autonomes pourraient être commises par l'application, sans instruction directe donnée par la personne physique qui se charge de son exploitation.

La définition est large, en termes de pratiques visées (action, omission, conduites, démarches, etc.) et de moment auquel elles sont commises (avant de conclure le contrat, au moment de la conclusion ou en cours d'exécution de celui-ci). Aussi devrait-il en aller de même au moment d'apprécier le lien avec l'intervention d'une entreprise.

Même si des discussions restent possibles, il nous paraît raisonnable d'admettre que l'exploitation, par une entreprise, d'une application d'intelligence artificielle qui commet une pratique trompeuse ou agressive à l'égard du consommateur, répond à la définition précitée. Rappelons en effet que, conformément au considérant n° 7 de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales, « la présente directive porte sur

ces moyens techniques doivent aussi être fournies au destinataire avant qu'il ne passe sa commande (art. XII.7, § 1^{er}, 3°, du C.D.E.).

¹⁴⁵ Art. I.8, 23°, du C.D.E.

les pratiques commerciales qui visent directement à influencer les décisions commerciales des consommateurs à l'égard de produits ». C'est donc davantage le risque que représente la pratique quant à la protection du consommateur que l'auteur même de ladite pratique qui doit retenir l'attention au moment d'interpréter le régime d'interdiction des pratiques déloyales (et de décider de son application). En ce sens, on peut également se référer à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 3 octobre 2013¹⁴⁶, qui rappelle l'objectif de protection des consommateurs poursuivi par la directive¹⁴⁷ et ajoute que « cet objectif poursuivi par la directive sur les pratiques commerciales déloyales, consistant à protéger pleinement les consommateurs contre des pratiques de cette nature, repose sur la circonstance que, par rapport à un professionnel, le consommateur se trouve dans une position d'infériorité, en ce qu'il doit être réputé économiquement plus faible et juridiquement moins expérimenté que son cocontractant (voir, par analogie, arrêt Shearson Lehman Hutton, précité, point 18). [...] Aussi la Cour a-t-elle déjà jugé que, aux fins de l'interprétation de ladite directive, la notion de consommateur revêt une importance primordiale et que les dispositions de celle-ci sont conçues essentiellement dans l'optique du consommateur en tant que destinataire et victime de pratiques commerciales déloyales (voir, en ce sens, arrêts du 12 mai 2011, *Ving Sverige*, C-122/10, Rec. p. I-3903, points 22 et 23, ainsi que du 19 septembre 2013, *CHS Tour Services*, C-435/11, point 43) »¹⁴⁸.

On peut également argumenter en comparant la situation de l'exploitant d'une application d'intelligence artificielle dont le caractère autonome peut conduire à des pratiques imprévisibles, à celle de l'entreprise qui constaterait que certains de ses employés donnent des informations trompeuses aux consommateurs ou usent de pratiques agressives. Dans cette dernière situation, l'entreprise pourra difficilement contester sa responsabilité vis-à-vis des consommateurs. Il devrait en aller de même en cas de recours à une application d'intelligence artificielle.

Du reste, ladite entreprise devrait normalement être informée de ce comportement possible du robot. Aussi lui incombe-t-il de s'adresser à son fournisseur de technologie pour cadenasser ce type de comportement ou, à défaut, d'en assumer le risque (tout en le couvrant par la souscription d'assurances adéquates).

¹⁴⁶ C.J.U.E., 3 octobre 2013, aff. C-59/12, *BKK Mobil Oil*.

¹⁴⁷ Cf. l'art. 1^{er} de la directive et le considérant n° 23 (point 34 de l'arrêt).

¹⁴⁸ Points 35 et 36 de l'arrêt.

Suivant la norme semi-générale, une pratique commerciale peut être trompeuse par action¹⁴⁹ ou par omission¹⁵⁰. On peut imaginer que le *chatbot* n'informe pas correctement le consommateur, par exemple en lui donnant des renseignements erronés sur le produit qu'il s'apprête à acheter.

Dans ce cas, il pourrait s'agir d'une pratique trompeuse par action visée à l'article VI.97 du C.D.E. Deux conditions doivent être observées. Il faut d'abord vérifier « si elle contient des informations fausses et qu'elle est donc mensongère ou que, d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen en ce qui concerne un ou plusieurs des éléments suivants [...] : 2° les caractéristiques principales du produit, telles que sa disponibilité, ses avantages, les risques qu'il présente, son exécution, sa composition, ses accessoires, le service après-vente et le traitement des réclamations, le mode et la date de fabrication ou de prestation, sa livraison, son aptitude à l'usage, son utilisation, sa quantité, ses spécifications, son origine géographique ou commerciale ou les résultats qui peuvent être attendus de son utilisation, ou les résultats et les caractéristiques essentielles des tests ou contrôles effectués sur celui-ci ». La pratique doit ensuite amener ou être susceptible d'amener le consommateur moyen « à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ».

Les systèmes d'intelligence artificielle peuvent être conçus de manière à transmettre, de manière répétée, des courriels publicitaires, des notifications, ou tout autre message au consommateur, de nature à le convaincre d'acquiescer un bien ou un service. L'anthropomorphisme qui caractérise certains robots tend à renforcer les risques de manipulation dont les consommateurs peuvent être victimes, dès lors qu'ils ne voient plus nécessairement le robot comme une machine, pour le considérer comme une personne avec laquelle ils échangent (et à laquelle ils donnent généralement un nom), en toute confiance¹⁵¹. Dans sa Résolution du 16 février 2017, le Parlement européen souligne ainsi qu'« il convient d'accorder une attention toute particulière au fait qu'une relation émotionnelle est susceptible de se développer entre l'homme et le robot, notamment chez les personnes vulnérables (enfants, personnes âgées, personnes handicapées), et attire l'attention sur les problématiques soulevées par les

¹⁴⁹ Art. VI.97-VI.98 du C.D.E.

¹⁵⁰ Art. VI.99 du C.D.E.

¹⁵¹ Voy. Ch. HOLDER, V. KHURANA, F. HARISSON et L. JACOBS, "Robotics and law : Key legal and regulatory implications of the robotics age (Part I of II)", *Computer Law and Security Review*, 2016, pp. 398 et s. ; W. HARTZOG, "Unfair and Deceptive Robots", *Maryland Law Review*, 2015, pp. 791 et s.

éventuelles conséquences physiques ou émotionnelles graves, pour l'utilisateur humain, d'un tel lien émotionnel »¹⁵².

Dans ces hypothèses, on veillera à appliquer strictement l'interdiction des pratiques commerciales agressives à l'égard des consommateurs.

Sont ainsi interdites, car considérées comme des pratiques commerciales déloyales en toutes circonstances, les pratiques agressives qui ont pour objet de : « 3° se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance, sans préjudice : a) de dispositions légales ou réglementaires l'autorisant en vue d'assurer l'exécution d'une obligation contractuelle ; b) de l'article VI.110 ; et c) de l'article XII. 13 »¹⁵³. Dans diverses hypothèses, un consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire sera donc requis. De même, suivant la norme semi-générale, une pratique est « réputée agressive si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle altère ou est susceptible d'altérer de manière significative, du fait du harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou d'une influence injustifiée, la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen à l'égard du produit et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement »¹⁵⁴.

Deux conditions doivent être satisfaites. Il faut d'abord une altération de la liberté de choix ou de conduite du consommateur. À cet égard, l'article VI.102 du C.D.E. précise les éléments à prendre en considération pour considérer qu'une pratique recourt au harcèlement, à la contrainte, y compris la force physique ou à une influence injustifiée. Ensuite, et comme pour les pratiques trompeuses, le caractère déloyal ne sera établi que si la pratique amène ou est susceptible d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

Dans le domaine de l'intelligence artificielle, on peut craindre que l'exploitation des informations disponibles par le système lui permette de trouver les arguments pertinents pour convaincre le consommateur de s'engager. Parallèlement, on peut aussi se trouver dans une situation contraire où ces mêmes informations révèlent, à tort ou à raison, un risque spécifique de conclure avec ce consommateur, ce qui peut conduire à un

¹⁵² Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique, 2015/2103 (INL), principe n° 3.

¹⁵³ Art. VI.103 du C.D.E.

¹⁵⁴ Art. VI.101 du C.D.E.

refus de s'engager de la part du robot et de l'entreprise qui y recourt, voire un accord mais assorti de conditions plus strictes (et donc, moins favorables). Dans ces hypothèses, la liberté de choix du consommateur pourra être compromise, puisqu'il ignorera souvent les éléments qui ont conduit l'entreprise à agir comme elle l'a fait.

B) Blockchain

35. Blockchain et smart contracts. Si le Bitcoin défraie régulièrement la chronique, suite aux variations de sa valeur ou aux arnaques dont il peut faire l'objet – à l'instar d'autres crypto-monnaies, d'ailleurs – ce n'est pas la seule application qui se fonde sur la technologie *blockchain*. On imagine en effet d'y recourir dans de nombreux secteurs de la vie sociale : domaine financier ; assurances ; services publics ; protection des créations ; etc.¹⁵⁵ Les *smart contracts* constituent également des applications prometteuses de la technologie *blockchain*, et c'est sur ceux-ci que nous nous attardons dans la présente contribution,

L'objectif de la *blockchain* est de garantir un niveau de confiance élevé dans le chef des utilisateurs et des tiers, grâce à la technologie, mais en l'absence de toute autorité centrale ou d'intermédiaire jouant le rôle de service de confiance. La *blockchain* assure principalement une fonction de registre, où sont consignées diverses informations (ou, plus précisément, le hash de certaines données). Il a la caractéristique d'être infalsifiable ; autrement dit, son intégrité est assurée avec un niveau de sécurité extrêmement élevé, presque absolu. Pour ce faire, plusieurs moyens sont mis en œuvre. Le registre est d'abord distribué, en ce sens qu'il est reproduit, à l'identique, chez les personnes intervenant dans la chaîne des blocs (on

¹⁵⁵ Pour des développements plus détaillés sur ce point, voy. Y. POULLET et H. JACQUEMIN, *op. cit.*, à paraître. Sur les éléments caractéristiques de la *blockchain*, voy. J. GOSSA, « Les blockchains et smart contracts pour les juristes », *Dalloz IT/IT*, 2018, pp. 393 et s. ; M. MEKKI, « Le contrat, objet des *smart contracts* (partie 1) », *Dalloz IP/IT*, 2018, pp. 409 et s. ; M. RASKIN, « The Law and Legality of Smart Contracts », *Geo. L. Tech. Rev.*, 2017, pp. 318 et s. ; M. CANOVA, « Blockchain et Propriété intellectuelle – Une alliance révolutionnaire », février 2018, disponible sur <https://lex4.com/blockchain-et-propriete-intellectuelle-une-alliance-revolutionnaire> (consulté le 24/7/2018) ; A. TORDEURS, « Une approche pédagogique de la blockchain », *Revue internationale des services financiers*, 2017/4, pp. 6 et s. ; T.E. TJONG TJIN TAI, « Juridische aspekten van blockchain en smart contracts », *T.P.R.*, 2017, pp. 566 et s. ; D. DE JONGHE et V.I. LAAN, « Blockchain in the realiteit », *Computerrecht*, 2017/251, pp. 347 et s. ; J. LINNEMANN, « Juridische aspecten van (toepassing van) blockchain », *Computerrecht*, 2016/218, pp. 319 et s. ; Blockchain France, *La Blockchain décryptée*, Blockchain France, 2016, pp. 1 et s. ; A. WRIGHT et P. DE FILIPPI, « Decentralized Blockchain Technology and the rise of Lex Cryptographia », *Working paper*, 2015, pp. 4 et s., disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664.

parle de nœuds). Cette caractéristique rend les tentatives de fraude difficiles, voire impossibles, puisque, pour modifier les données consignées dans le registre, il faudra attaquer l'infrastructure I.T. de tous les nœuds où celui-ci est répliqué. En outre, des techniques de cryptographie asymétrique sont mobilisées en vue d'authentifier les participants (mais sans nécessairement les identifier), tout en garantissant l'intégrité des données échangées. Enfin, un processus de validation est implémenté : avant de valider définitivement un bloc (ce qui conduit à figer les informations qu'il contient) et de l'ajouter à la chaîne, des mineurs doivent intervenir en vue de vérifier certaines informations et résoudre un calcul mathématique très complexe, qui exige de leur part un « travail » important. On parle de *Proof of Work* – preuve par le travail – sur la *blockchain* bitcoin étant entendu que, sur d'autres *blockchains*, des processus de validation différents peuvent être implémentés (*Proof of Stake*, par exemple). Notons encore que la *blockchain* peut être publique – comme bitcoin ou ethereum – ou privée, suivant que l'intervention des participants et leur rôle est déterminé à l'avance par une entité identifiée, ou au contraire régi par le consensus de la majorité des participants.

Les *smart contracts* se fondent sur la technologie *blockchain*. Contrairement à ce que l'appellation pourrait donner à penser, il ne s'agit pas d'un contrat (au sens juridique du terme) et il est loin d'être « intelligent ». Tout au plus s'agit-il d'un programme informatique qui s'exécute de manière automatique, eu égard aux instructions inscrites dans la *blockchain*. L'objectif est de se passer de toute intervention humaine (et d'intermédiaire), pour automatiser certaines opérations à accomplir, généralement en phase d'exécution du contrat ou de dissolution de celui-ci¹⁵⁶. On donne généralement les exemples suivants : en cas de sécheresse attestée par un tiers (on parlera d'Oracle), l'obligation d'indemnisation de l'assureur sera exécutée automatiquement au bénéfice de l'agriculteur ; en cas de paiement de la location de vacances, un code permettant de déverrouiller la porte du logement sera automatiquement fourni au locataire,

¹⁵⁶ Pour une définition du *smart contract*, voy. J.-Ch. RODA, "Smart contracts, dumb contracts ?", *Dalloz IP-IT*, 2018, pp. 397 et s. ("les *smart contracts* sont présentés comme des programmes informatiques permettant d'exécuter automatiquement les termes du contrat"). Sur la notion et ses caractéristiques, voy. aussi M. MEKKI, « Le contrat, objet des *smart contracts* (partie 1) », *Dalloz IP/IT*, 2018, pp. 409 et s. ou G. GUERLIN, « Considérations sur les *smart contracts* », *Dalloz IP/IT*, 2017, pp. 512 et s. (« le *smart contract* est un programme informatique dont la fonction consiste à former, exécuter ou éteindre automatiquement un contrat qui, en toute hypothèse, ne se confond pas avec lui ») ; M. RASKIN, « The Law and Legality of Smart Contracts », *Geo. L. Tech. Rev.*, 2017, p. 306 et pp. 309 et s. ("*smart contracts* are defined as agreements wherein execution is automated, usually by computers. Such contracts are designed to ensure performance without recourse to the courts. Automation ensures performance, for better or worse, by excising human discretion from contract execution").

valable pendant la durée contractuellement prévue ; en cas de non-paiement d'une échéance due en vertu du contrat de leasing conclu, le véhicule sera immobilisé automatiquement ; etc.

36. Enjeux des *smart contracts* en termes de protection des consommateurs. Même si la mise en œuvre automatique de certaines étapes du processus contractuel n'est pas neuve, notamment au stade de l'exécution de la convention¹⁵⁷, on comprend sans peine qu'en termes de protection des consommateurs, des difficultés puissent être identifiées. Avec la *blockchain*, « Code is Law », pour reprendre l'aphorisme de L. Lessig¹⁵⁸. Autrement dit, le principe de la convention-loi (art. 1134, al. 1^{er}, du C. civ.) devient quasi-absolu, et c'est seulement *a posteriori* que l'opération automatisée pourra être contestée, en s'adressant aux juridictions compétentes.

On peut d'ailleurs craindre que les instructions traduites en langage informatique ne correspondent pas à ce que les parties voulaient effectivement, et qu'elles s'engagent contractuellement à la suite d'une erreur. On sait que les clauses contractuelles font régulièrement l'objet de discussions, quant à l'interprétation qui doit leur être donnée ; or, en les traduisant en langage informatique, on renforce les risques de discussion. Des pratiques commerciales déloyales ne sont pas non plus à exclure, notamment en raison de leur caractère trompeur. Sur ce point, on pointera plus particulièrement les risques à supporter par le consommateur lorsque, par exemple, son véhicule est immobilisé en raison du non-paiement d'une échéance. À supposer que la pratique soit admise, des informations circonstanciées devraient être données au consommateur, au moment de la conclusion du contrat, pour lui permettre d'apprécier les risques pris en acceptant ce type d'opération.

On rappellera encore que de nombreux éléments peuvent expliquer qu'une partie ne s'exécute pas : force majeure, faute du cocontractant ou d'un tiers, notamment. Normalement, de telles circonstances ne sont pas prises en compte dans l'hypothèse des *smart contracts*. L'automatisation de certains processus pourrait ainsi se révéler contraire aux dispositions en matière de clauses abusives (art. VI.82 et s. du C.D.E.) ou violer des dispositions légales ou réglementaires, de nature impérative, protégeant le consommateur. Sous peine de s'exposer aux sanctions prévues par les textes applicables, les *smart contracts* devraient donc être conçus de

¹⁵⁷ Voy. Y. POULLET et H. JACQUEMIN, *op. cit.*, à paraître.

¹⁵⁸ L. LESSIG, "Code is Law – On Liberty in Cyberspace", *Harvard Magazine*, 2000, disponible sur <https://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html> (consulté le 24/7/2018).

manière particulièrement précises par les prestataires de service, pour intégrer ces contraintes (le droit de rétractation, par exemple).

Conclusion

37. Flexibilité des règles. Les consommateurs doivent bénéficier d'un niveau élevé de protection, eu égard à la faiblesse dont ils sont supposés souffrir. L'affirmation doit se vérifier lorsqu'ils utilisent les technologies de l'information comme moyen pour conclure un contrat ou lorsque le numérique fait l'objet du contrat (peu importe son mode de conclusion). C'est néanmoins un défi difficile à relever, eu égard aux évolutions technologiques et aux nouveaux services qui apparaissent constamment (notamment avec la *blockchain* ou l'économie collaborative).

Le cadre normatif est complexe et en constante évolution. Dans de nombreux cas, il reste toutefois possible de mobiliser les règles de protection horizontale (spécialement les principes ouverts, comme l'interdiction des pratiques commerciales déloyales suivant la norme semi-générale ou la norme générale). Cette approche doit être privilégiée, pour limiter l'introduction de nouvelles règles aux seules hypothèses dans lesquelles le cadre normatif actuel est insuffisant.

38. Équilibre qui tient compte également des intérêts des entreprises. Parallèlement, les préoccupations des entreprises ne doivent pas être ignorées : il faut ainsi se garder de leur imposer des charges trop lourdes, parfois injustifiées, sous prétexte de protéger les consommateurs.

Un équilibre, sans doute délicat, doit ainsi être trouvé.

La tâche reste ardue mais c'est la condition *sine qua non* à la confiance des consommateurs et, parallèlement, à l'existence d'une offre de services suffisamment diversifiée et pluraliste.